

**Die Zurückweisung
einer beabsichtigten Klage
durch Beschluß**

von

Helmut Reiner

aus Babenhausen / Schw.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548806_0032

D I E Z U R Ü C K W E I S U N G
E I N E R B E A B S I C H T I G T E N K L A G E
D U R C H B E S C H L U S S

Inaugural - Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu E r l a n g e n



vorgelegt von
H e l m u t R e i n e r
aus Babenhausen /Schwaben

Approbiert am: 22. Juli 1959

Referent: Professor Dr. Karl Heinz S c h w a b

Dekan: Professor Dr. Heinrich H u b m a n n

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	IV
Abkürzungsverzeichnis	XI
§ 1. Einleitung	1

Erster Teil

§ 2. Der Sukzessivtatbestand der Klageerhebung	4
§ 3. Die Tätigkeit des Gerichts bei der Einleitung eines Urteilsverfahrens	5
I. Die geltende Zivilprozeßordnung kennt keine A-limine-Entscheidung	5
II. Die Bedeutung der Terminsbestimmung für die Klageerhebung	7
III. Gibt es eine Zulassung der Klage?	13
§ 4. Der Mangel der Klagehandlung	19
I. Die Klageerhebung als Prozeßhandlung	19
II. Die Behandlung eines Mangels der Klagehandlung	21
III. Wesen und Bedeutung der Klageerhebung	24
1. Die Klageerhebung als causa efficiens des Prozesses	24
2. Die Ordnungsmäßigkeit der Klageerhebung als Sachurteilsvoraussetzung	27
§ 5. Die Ablehnung der Möglichkeit einer unzulässigen Klage das ordentliche Urteilsverfahren zu verweigern	29

Zweiter Teil

§ 6. Sachurteilsvoraussetzungen und Prozeßbedingungen	34
§ 7. Die Gerichtsgewalt	37
I. Die Justizfähigkeit in Zivilsachen	37
II. Die Gerichtsbarkeit	39
1. Die Gerichtsbarkeit als selbstständiges Prozeßelement	39
2. Inhalt und Umfang der Exemtionen	42
3. Die Behandlung des Mangels der Gerichtsbarkeit	47
§ 8. Die Existenz der Parteien	52
I. Das Zweiparteiensystem	52
II. Die Unterscheidung der nicht parteifähigen und nicht existenten Partei	54
III. Die Behandlung einer nicht existenten Partei	56
§ 9. Die Klageerhebung als Prozeßbedingung	60
I. Die äußere Form der Klage als Entstehungstatbestand des Prozesses	61
1. Die Abfassung des Schriftsatzes in deutscher Sprache	61
2. Die Erfordernisse bestimmter Angaben	63
3. Die Unterzeichnung der Klageschrift	65
II. Der Inhalt des durch die Einreichung der Klageschrift geltend gemachten Gesuchs um Rechtsschutz	70
1. Das ernstgemeinte, mögliche Gesuch	70
2. Das unbedingte Gesuch	71

3. Das gehörige Gesuch	73
III. Die verhandlungsfähige Klage	74
§ 10. Die querulatorische Klage	75
I. Abgrenzung der Problematik	76
II. Die Verweigerung der Annahme einer querulatorischen Klage	79

Dritter Teil

§ 11. Die Pflicht des Richters zur Eröffnung des vom Kläger beantragten Verfahrens	86
I. Der Anspruch auf Rechtspflege bei Einreichung einer Klageschrift	86
II. Das Mündlichkeitsprinzip	90
§ 12. Die Verhinderung der Einleitung sinn- loser Prozesse	93
I. Der Schutz der Zivilgerichte vor nutzlosen Prozessen	94
II. Das "Vorverfahren" im Zivilprozeß	96
§ 13. Die Entscheidung, durch die festgestellt wird, daß die Einleitung eines Urteils- verfahrens nicht möglich ist.	100
I. Die Art der Entscheidung	100
II. Der Inhalt der Entscheidung	103
III. Rechtsbehelf gegen den Ablehnungs- beschluß	105
§ 14. Schluß	108

Literaturverzeichnis

- A b e n d , Heinrich, Prozesse nicht partei-
fähiger und nicht existenter
Parteien, Diss. Erlangen 1953
- A l l o r i o , Enrico, Rechtsschutzbedürfnis?
ZZP 67, 321
- A r n d t , Herbert, Klagezustellung ohne
Terminsbestimmung, DRiZ 52, 130
- B a u m b a c h -
L a u t e r b a c h , Kurzkomentar zur Zivilprozeß-
ordnung, 25. Aufl., München und
Berlin 1958
- B a u m g ä r t e l , Gottfried, Wesen und Begriff der
Prozeßhandlung einer Partei im
Zivilprozeß, Berlin und Frankfurt
1957
- B a u m g ä r t e l , Gottfried, Die Verwirkung pro-
zessualer Befugnisse im Bereich
der Zivilprozeßordnung und der
Freiwilligen Gerichtsbarkeit,
ZZP 67, 423
- B a u r , Fritz, Der Anspruch auf recht-
liches Gehör im Zivilprozeß,
ArchZivPrax 153, 393
- B a u r , Fritz, Die Vorbereitung der münd-
lichen Verhandlung im Zivilprozeß,
ZZP 66, 209
- B l e y , Erich, Klagerecht und rechtliches
Interesse, Leipzig 1923
- B r e e t z k e , Zum Beginn der Rechtshängigkeit,
DRiZ 55, 29
- B ü l o w , Oskar, Die neue Prozeßrechts-
wissenschaft und das System des
Zivilprozeßrechts, ZZP 27, 201
- B ü l o w , Oskar, Die Lehre von den Prozeß-
einreden und den Prozeßvoraus-
setzungen, Gießen 1868
- B u l l , Klage verbunden mit Armenrechts-
gesuch, JR 54, 56
- C r a n z , Werner, Der Grundsatz der Mündlich-
keit im Zivilprozeß, DRiZ 53, 41

- Eccius , Die Stellung des Richters bei der Terminbestimmung im Falle der Ladung durch die Partei, GruchBeitr. 29, 1
- Eyer mann -
Fr ö h l e r , Verwaltungsgerichtsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München und Berlin 1954
- F i s c h e r , D., Über die Bestimmung und Bekanntmachung der Termine und die Ladung, insbesondere über Parteibetrieb und Gerichtstätigkeit in dieser Beziehung, GruchBeitr. 3. F. 5 (1881), 620 ff. und 802 ff.
- F ö r s t e r -
K a n n , Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Kommentar, 1. und 2. Bd., 3. Aufl., Berlin 1913 und 1926
- F o r t e n b a c h , Prüfungsrecht bei der Terminbestimmung, ZZP 8, 153
- G o l d s c h m i d t , James, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Berlin 1932
- G o l d s c h m i d t , James, Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925
- G o l d s c h m i d t , James, Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht, Festschrift für Heinrich Brunner, München und Leipzig, 1914, S. 109
- G r o h , Wilhelm, Der Anspruch auf Rechtspflege, ZZP 51, 145
- H a b s c h e i d , Walther, Der Anspruch auf Rechtspflege, ZZP 67, 188
- H a h n , C., Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 2. Bd.: Materialien zur Zivilprozeßordnung 1. und 2. Abt., 2. Aufl., Berlin 1881
- H e i n s h e i m e r , Karl, Das Zweiparteienprinzip in Prozeß und Vollstreckung, Festschrift für Adolf Wach, Bd. 3, Leipzig 1913, S. 129
- H e l l m a n n , Zur Lehre von dem Mangel der Prozeßfähigkeit, der Legitimation als gesetzlicher Vertreter und der Prozeßvollmacht nach deutschem Zivilprozeßrecht, ZZP 27, 261

- H e l l w i g , Konrad, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1., 2. und 3. Bd., Leipzig 1903, 1907 und 1909
- H e l l w i g , Konrad, System des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1912
- H e l l w i g , Konrad, Klagrecht und Klagmöglichkeit, Leipzig 1905
- H e l l w i g , Konrad, Anspruch und Klagrecht, Beiträge zum Bürgerlichen und zum Prozeßrecht, 2. Aufl., Leipzig 1910
- H e y m a n n , Ernst, Zur Frage der Gerichtsbarkeit über fremde Staaten, ArchZivPrax 121, 149
- H o c h e , Ulrich, Zivilprozeßrecht, ein Lehrbuch für Studium und Praxis, 2. Aufl., Darmstadt 1954
- J a e g e r , Ernst, Zum Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts von Jacob Weismann, ZZP 40, 123
- J o s e f , Eugen, Die amtliche Behandlung von Schriftstücken beleidigenden Inhalts, Das Recht 1903, 232
- J u n g , Armenrechtsverfahren mit eingereichter Klagschrift, DRiZ 53, 38
- J u s t , Zivilprozeßrechtliche Kontroversen, ArchZivPrax 68, 268
- K a b l i t z , Hans, Klageerhebung ohne Terminbestimmung? NJW 58, 125
- K a l l m a n n , Francois, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile und gerichtlicher Vergleiche, Basel 1946
- K a n n , Richard, Die Rechtsverfolgung gegen ausländische Staaten, JW 10, 176
- K a n n , Richard, Ausländer als Prozeßparteien, Festschrift für Ernst Heinitz, Berlin 1926, S. 313
- K i p , Hans-Gerhard, Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip, Berlin-Köln 1952
- K i s c h , Wilhelm, Deutsches Zivilprozeßrecht, 3 Bände, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1929

- K l e i n f e l l e r , G., Das Wesen der Rechtshängigkeit, ZZP 55, 193
- K l e i n k n e c h t - M ü l l e r , Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsge-
setz, 4. Aufl., Darmstadt 1958
- K o h l e r , Josef, Der Prozeß als Rechtsver-
hältnis, Mannheim 1888
- K ü h l m a n n , Karl Otto v., Die Prozeßführung
des Prozeßunfähigen. Diss.
Erlangen 1950
- L e n t , Friedrich, Zivilprozeßrecht, ein
Studienbuch, 8. Aufl., München
und Berlin 1958
- L e n t , Friedrich, Die Entwicklung des
Zivilprozeßrechts seit der Reform
von 1924, NJW 58, 649
- L e n t , Friedrich, Zur Neuregelung der
prozeßhindernden Einreden,
ZAKR 42, 244
- L e v y , M., Die Reihenfolge der Prozeß-
voraussetzungen, ZZP 20, 87
- M e l l w i t z , Artur, Kommentar zum Sozial-
gerichtsgesetz, München und
Berlin 1956
- M e y e r - Z ö l l e r , Kommentar zur Zivilprozeßordnung,
Regensburg 1946
- N e u n e r , Robert, Internationale Zuständig-
keit, Beiträge zum Zivilprozeß,
Mannheim-Berlin-Leipzig 1929,
6. Heft
- N i k i s c h , Arthur, Zivilprozeßrecht, ein
Lehrbuch, 2. Aufl., Tübingen 1952
- N u ß b a u m , Arthur, Die Prozeßhandlungen,
ihre Voraussetzungen und Erfor-
dernisse, Fischers Abhandlungen
zum Privatrecht und Zivilprozeß-
recht, 1908, Bd. 17, Heft 1
- O e r t m a n n , Paul, Grundriß des deutschen
Zivilprozeßrechts, 2. Aufl.,
Leipzig 1927
- O e r t m a n n , Paul, Die Rechtsbedingung,
Leipzig und Erlangen 1924

- P a g e n s t e c h e r , Max, Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit als selbständige Prozeßvoraussetzungen, ZAuslIntPrR 1937, 337
- P a l a n d t , Otto, Kurzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 17. Aufl., München-Berlin 1958
- P e t e r s , Das richterliche Fragerecht, JW 38, 1432
- P e t e r s -
S a u t t e r -
W o l f f , Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, Stuttgart und Köln 1953
- P r a g e r , Franz, Das beiderseitige Gehör im Zivilprozeß, ArchZivPrax 133, 143
- R a a b , Robert, Die Prozeßvoraussetzungen und die Reihenfolge ihrer Prüfung, Diss. Frankfurt 1949
- R i e d e l , Erwin, Die Konzentrationsmaxime, DRiZ 52, 113
- R i e z l e r , Erwin, Internationales Zivilprozeßrecht und prozessuales Fremdenrecht, Tübingen 1949
- R o s e n b e r g , Leo, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 7. Aufl., München und Berlin 1956
- R o s e n b e r g , Leo, Stellvertretung im Prozeß, Berlin 1908
- S a u e r , Wilhelm, Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Aufl., Stuttgart 1929
- S a u e r , Wilhelm, Allgemeine Prozeßrechtslehre, Berlin-Detmold-Köln-München 1951
- S a u e r , Wilhelm, Die Prozeßvoraussetzungen, LZ 13, 671
- S a x , W., Das unrichtige Sachurteil als Zentralproblem der allgemeinen Prozeßrechtslehre, ZZP 67, 21
- S c h m i d t , Eberhard, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 1. Teil, Göttingen 1952
- S c h m i d t , Richard, Wandel des Erkenntnisverfahrens im Zivilprozeß der Nachkriegszeit, ZZP 61, 253

- S c h m i d t , Richard, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., Leipzig 1906
- S c h n o r r von Carolsfeld , Ludwig, Internationale Fragestellung zur Dogmatik des deutschen Zivilprozeßrechts, Festschrift für Friedrich Lent, München und Berlin 1957, S. 245
- S c h ö n k e , Adolf, Das Rechtsschutzbedürfnis, Prozeßrechtliche Abhandlungen, Heft 17, Detmold-Frankfurt /Main-Berlin 1950
- S c h ö n k e , Adolf, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 7. Aufl., Karlsruhe 1951
- S c h ö n k e - Schröder - Niese , Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., Karlsruhe 1956
- S c h u l t z e n - stein , Über die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das höhere Gericht nach der Zivilprozeßordnung, ZZP 23, 58
- S c h w a l b a c h , Th., Die Prozeßvoraussetzungen im Reichszivilprozeß, ArchZivPrax 63, 390
- S c h w a l b a c h , Th., Über Rechtshängigkeit und formelle Rechtskraft, ArchZivPrax 64, 256
- S c h w a r z , Otto, Strafprozeßordnung, Kommentar, 18. Aufl., Berlin 1955
- S c h w e n k , Edmund, Ausschluß fremder Staaten von der Gerichtsbarkeit, NJW 54, 1596
- S c h w i e r e n , Heinz, Verquickung von Klage und Armenrechtsgesuch, NJW 51, 946
- S e u f f e r t , Lothar, v., Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 1. und 2. Bd., 11. Aufl., München 1910 und 1911
- S i n t e n i s , Gustav, Der simulierte Prozeß, ZZP 30, 358
- S k e d l , Arthur, Parteionfähigkeit, absoluter Nichtigkeitsgrund, RheinZ (1923) 12, 347
- S t a u d i n g e r , Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl., Berlin 1957

- S t e i n , Friedrich, Bedingte Prozeßhandlungen, DJZ 13, 35
- S t e i n - J o n a s - K o m m e n t a r z u r Z i v i l p r o z e ß -
S c h ö n k e - o r d n u n g , 18. A u f l . , T ü b i n g e n 1953
- P o h l e ,
- S ü ß , Theodor, Die dogmatische Bedeutung des Verstoßes gegen die einzelnen Vorschriften der Klageerhebung im Zivilprozeß, Festausgabe für Paul Heilborn, Breslau 1931, S. 125
- S ü ß , Theodor, Ist die Klageerhebung eine Prozeßvoraussetzung? ZZP 54, 12
- S y d o w - B u s c h - H a n d b u c h f ü r Z i v i l p r o z e ß o r d n u n g
K r a n t z , u n d G e r i c h t s v e r f a s s u n g s g e s e t z ,
T r i e b e l , 21. A u f l . , B e r l i n u n d L e i p z i g
1935
- V e r d r o ß , Alfred, Völkerrecht, 3. Aufl., Wien 1955
- W a c h , Adolf, Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung, 2. Aufl., Bonn 1896
- W a l s m a n n - K o m m e n t a r z u r Z i v i l p r o z e ß o r d n u n g , 12. A u f l . , M ü n c h e n 1932
- S e u f f e r t ,
- W e i z s ä c k e r , Hugo, Unrichtige Parteibezeichnung in der Klageschrift, ZZP 27, 20
- W i e c z o r e k , Bernhard, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze auf Grund der Rechtsprechung kommentiert, Berlin 1957
- W u r z e r , G . , D i e P r o z e ß v o r a u s s e t z u n g e n ,
G r u n d b e i t r . 64, 41
- Z ö l l e r , Richard, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 8. Aufl., München 1957

Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angegebenen Ort
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Anw.Bl.	Anwaltsblatt
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbRSamml.	Arbeitsrechts-Sammlung
ArchZivPrax	Archiv für die zivilistische Praxis
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayZ	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
Bd.	Band
Beschl.	Beschluß
Bem.	Bemerkung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
ders.	derselbe
desgl.	desgleichen
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
ff.	und folgende

Einl.	Einleitung
FGG	Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit
FGO	Finanzgerichtsordnung
Ges.	Gesetz
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GKG	Gerichtskostengesetz
GruchBeitr.	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
Grdz.	Grundzüge
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
i.S.	im Sinne
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KompKonflGerH	Kompetenzkonfliktsgerichtshof
LArbG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindenmeier, Möhring u.a.
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mil.Reg.	Militärregierung
Nds.Rpfl.	Niedersächsische Rechtspflege
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
österr.ZPO	Gesetz vom 1.8.1895 über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten
OLG	Oberlandesgericht

RAO	Rechtsanwaltsordnung
RArbG	Reichsarbeitsgericht
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht
RsprOLG	Rechtsprechung der Oberlandes- gerichte
S.	Seite
s.	siehe
SeuffArch	Seufferts Archiv
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
u.a.	und andere
Übers.	Übersicht
Urt.	Urteil
u.U.	unter Umständen
VGG	Verwaltungsgerichtsgesetz
vgl.	vergleiche
VGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
Warn.	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts
ZAuslIntPrR	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
ZAkR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z.B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

§ 1. Einleitung

Die Tendenz, sich mit offensichtlich aussichtslosen Klagen so wenig als möglich beschäftigen zu müssen, ist ein vom Standpunkt der Prozeßökonomie durchaus verständliches Verlangen der Gerichte. Diesem wurde auch vom deutschen Gesetzgeber in mehreren modernen Verfahrensgesetzen dadurch Rechnung getragen, daß sie dem Richter die Möglichkeit einräumen, offenbar unzulässige und sogar unbegründete Klagen in Form einer A-limine-Entscheidung ¹⁾ oder in Form eines Vorbescheides ²⁾ abzuweisen.

Die deutsche Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 kennt diese Möglichkeit nicht. Es hat sich aber gezeigt, daß es einen Leerlauf der Rechtspflege bedeutet, wenn man beim Vorliegen besonders augenfälliger formeller Mängel der Klage dennoch einen Verhandlungstermin anberaumen und den Beklagten vor die Schranken des Gerichts bemühen muß, ja daß in manchen Fällen der vom Kläger beantragte Prozeß gar nicht eingeleitet werden kann. Deshalb wurde von der Lehre und Rechtsprechung in einzelnen Fällen der Weg versucht, durch die Ablehnung der Terminsanberaumung die Einleitung eines Kosten und Zeit erfordernden Prozesses zu vermeiden.

Vergleicht man die in den modernen Kommentaren bzw. Lehrbüchern des Zivilprozeßrechts vertretenen Ansichten, wegen welcher Mängel die "Terminsbestimmung" abgelehnt werden kann und worauf sich demnach die Prüfung des Richters vor der Terminsanberaumung zu erstrecken hat oder erstrecken kann, so erkennt man, daß sich die Meinungen von einer fast völligen Verneinung eines Prüfungsrechts bis zu einer ziemlich weitgehenden Möglichkeit, die Ter-

1) vgl. § 24 BVerfGG.

2) vgl. § 12 I dieser Abhandlung

minsbestimmung abzulehnen, erstrecken ¹⁾. Die Tatsache ist nicht weiter verwunderlich, da das Gesetz keine festen Anhaltspunkte gibt. Auffallen muß aber, daß sich die meisten Autoren auf die Aufzählung bestimmter Punkte beschränken, ohne für die Verweigerung der Terminsanberaumung einen systematischen Rahmen aufzuzeigen. Die einzelnen Punkte sind mehr oder weniger aus Erwägungen der Zweckmäßigkeit zusammengestellt. Wir sind uns im klaren darüber, daß eine dogmatische Erklärung gerade auf dem Gebiete des Prozeßrechts in ihrem Inhalt sehr häufig durch Zweckmäßigkeitserwägungen bedingt ist, die sich aus den rechtlichen Folgen bei der Annahme der Richtigkeit der einen oder anderen Konstruktion ergeben ²⁾. Das ist auch nicht zu beanstanden, soweit nur für die Auslegung nach der einen oder anderen Seite im Rahmen des Gesetzes Raum ist. Es besteht jedoch die große Gefahr, daß man sich gerade bei der Anerkennung der Möglichkeit, einer Klage die "Terminsanberaumung zu verweigern", nur von dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit leiten läßt. Die Verweigerung, einen Prozeß einzuleiten, ist aber im Rahmen des geltenden Gesetzes nur möglich, wenn dadurch der Rechtsuchende nicht in seinen prozessualen Rechten, wie sie ihm die Vorschriften der Zivilprozeßordnung garantieren, verletzt wird. Keineswegs kann man sich deshalb

-
- 1) In den Kommentaren zur Zivilprozeßordnung unter § 216 ZPO; Schönke-Schröder-Niese, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., Karlsruhe 1956, § 46 I 1c; Lent, Friedrich, Zivilprozeßrecht, ein Studienbuch, 8. Aufl., München und Berlin 1958, S. 108; Hoche, Ulrich, Zivilprozeßrecht, ein Lehrbuch für Studium und Praxis, 2. Aufl., Darmstadt 1954, S. 19; Nikisch, Arthur, Zivilprozeßrecht, ein Lehrbuch, 2. Aufl., Tübingen 1952, § 91 I 2; Rosenberg, Leo, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 7. Aufl., München und Berlin 1956, § 91 I 2.
 - 2) Schnorr von Carolsfeld, Ludwig, Internationale Fragestellung zur Dogmatik des deutschen Zivilprozeßrechts, Festschrift für Friedrich Lent, München und Berlin 1957, S. 245.

mit einer Erwägung zufrieden geben, wie sie Schultzenstein ¹⁾ anstellt: "Man wird hinsichtlich der Zulässigkeit des Rechtswegs, der Parteifähigkeit und der Prozeßfähigkeit anerkennen können, daß es vom Standpunkt der praktischen Zweckmäßigkeit aus nicht gerade unbedingt unzulässig ist, daß bei ihrem offenbaren Fehlen die Terminsbestimmung verweigert wird. Man muß sich nur bewußt sein, daß vom strengrechtlichen Standpunkt aus die Ablehnung nicht zu begründen ist."

Kommt man zu diesem verneinenden Ergebnis, so kann auch nicht aus "praktischer Zweckmäßigkeit" gegen das Gesetz entschieden werden. Schließlich ist der Richter nach § 1 GVG an das Gesetz gebunden.

Nicht selten sind die verschiedenen Meinungen, die in der Literatur und Rechtsprechung zu dem aufgeworfenen Problem vertreten werden, auch darauf zurückzuführen, daß eine saubere dogmatische Trennung und Einordnung der einzelnen Voraussetzungen, die zu einer mündlichen Verhandlung notwendig sind, nicht vorgenommen wird. Deshalb bemüht sich der Verfasser die einschlägigen konstruktiven Rechtsfiguren prozessual richtig einzuordnen, um dann auf dieser Grundlage zur Beantwortung der gestellten Frage zu kommen.

1) Schultzenstein, Über die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das höhere Gericht nach der Zivilprozeßordnung, ZZP 23, S. 58.

Erster Teil

§ 2. Der Sukzessivtatbestand der Klageerhebung

In allen Fällen, in denen ein Verfahren auf Grund obligatorischer mündlicher Verhandlung erledigt werden soll, wird es durch eine Klage eingeleitet. Ohne Klageerhebung gibt es keinen Zivilprozeß.

Über die Klageerhebung sagt das Gesetz in § 253 Abs. I ZPO nur aus, daß sie durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgt. Da die Zustellung der Klageschrift gemäß §§ 261 b Abs. I, 496 Abs. I ZPO in jedem Fall vom Gericht veranlaßt wird, vollzieht sich der Akt der Klageerhebung in mehreren Etappen:

Die Klageschrift ist beim Prozeßgericht einzureichen (§ 253, Abs. V ZPO, § 496 Abs. II ZPO), vor dem Amts- und Arbeitsgericht kann die Klage auch mündlich zum Protokoll der Geschäftsstelle angebracht werden (§ 496 Abs. II ZPO, § 46 Abs. II ArbGG). Nach der Entrichtung der Prozeßgebühr ¹⁾ legt die Geschäftsstelle die Klageschrift dem Vorsitzenden bzw. dem Amtsrichter vor. Dieser bestimmt daraufhin regelmäßig Termin zur mündlichen Verhandlung und ordnet die Zustellung der Klageschrift an den Beklagten durch die Geschäftsstelle an.

Mit der Zustellung der Klageschrift ist die Klage gemäß § 253 Abs. I ZPO erhoben und es tritt nach § 263 Abs. I ZPO die Rechtshängigkeit der Streitsache ein, über die dann regelmäßig durch Urteil entschieden wird.

Der aufgeführte Tatsachenablauf setzt bei der Klageerhebung demnach zwei Tätigkeitsbereiche voraus: Die für die Klageerhebung notwendigen Handlungen des Klägers und die des Gerichts. Diese konstitutiven Akte der Klage-

1) § 111 GKG; die Entrichtung der Prozeßgebühr ist nicht erforderlich, wenn dem Kläger das Armenrecht bewilligt ist, wenn ihm Gebührenfreiheit zusteht oder wenn er einen Grund nach § 111 Abs. IV GKG glaubhaft macht.

erhebung müssen zur Lösung der von der Arbeit gestellten Problematik einer rechtlichen Wertung unterzogen werden. Dabei soll die richterliche Tätigkeit bei der Klageerhebung vorangestellt werden.

§ 3. Die Tätigkeit des Gerichts bei der Einleitung eines Urteilsverfahrens

I. Die geltende Zivilprozeßordnung kennt keine A-limine-Entscheidung

Um die Bedeutung der richterlichen Mitwirkung bei der Einleitung eines Prozesses nach der geltenden Zivilprozeßordnung richtig würdigen zu können, erscheint ein kurzer rechtshistorischer Rückblick zu dieser Frage angebracht.

Im gemeinen Prozeß entschied der Richter nach Erhalt der Klageschrift und noch vor einer Stellungnahme des Beklagten darüber, ob es überhaupt zu der Einleitung eines Verfahrens kommen konnte. Er prüfte die Erfordernisse der Klage und teilte sie erst, wenn er sie fehlerfrei fand, dem Beklagten zur Erklärung mit. War jedoch die Klage nicht schlüssig oder stellte sich ein prozessualer Mangel heraus, so wurde die eingereichte Klage "per decretum" a limine abgewiesen, d.h. der Kläger wurde nicht weiter gehört, der Beklagte nicht in das Verfahren einbezogen ¹⁾.

1) Als interessantes Beispiel sei der § 17 des 4. Kapitels aus dem "Codex Iuris Bavarici Judiciarii von 1753", Bamberg 1804, zitiert: "Erscheint der Ungrund der gestellten Klage gleich aus des Klägers eigenen Narratis, oder ist etwan die Sache vorhin abgeurtheilt, oder judicialiter verglichen, so soll der Kläger gleich ohne Communication der Klage von Amts wegen abgewiesen, und weiter nicht mehr angehört werden, bis er nicht erstenfalls seine Klage besser begründet, und anderenfalls wahrscheinlich darthut, daß ihn res judicata vel transacta für seine Person niemals betroffen habe."

Bei den Beratungen für die neue einheitliche Zivilprozeßordnung wurde die Frage, ob eine Abweisung der Klage a limine zugelassen werden sollte, verschiedentlich erörtert ¹⁾. Dabei vertrat man vorwiegend den Standpunkt, daß die Abweisung einer Klage ein wesentlicher Teil des Prozesses sei und da dieser unter dem Mündlichkeitsprinzip stehe, eine schriftliche Zurückweisung nicht passe und mit dem mündlichen Verfahren nicht vereinbar sei. So findet sich weder in dem Entwurf der Deutschen Zivilprozeßkommission zu Hannover von 1866 ²⁾, dem sog. Hannoverschen Entwurf, noch in dem vom preußischen Justizministerium ausgearbeiteten Entwurf von 1871 ³⁾ eine Bestimmung, die eine Abweisung der Klage a limine vorsieht. In den neuen einheitlichen Prozeß, in der Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 niedergelegt, wurde deshalb die Möglichkeit, eine Klage a limine abzuweisen als mit dem Mündlichkeitsprinzip unvereinbar nicht aufgenommen ⁴⁾.

Diese Tatsache ließ bald Stimmen laut werden, die betonten, daß es mit dem Prinzip der Mündlichkeit keineswegs in Widerspruch stehe, wenn von Seiten des Gerichts schlechte, unzulässige und offenbar unbegründete Klagen sofort zurückgewiesen würden, ohne daß darüber der Beklagte zu hören und weiter mit ihm zu verhandeln sei ⁵⁾.

-
- 1) vgl. Verhandlungen des Zweiten Deutschen Juristentages, Berlin 1862, 2, II, S. 560; siehe ferner Vierhaus, Der angebliche Unwert des amtsgerichtlichen Zivilprozesses, ZZP 2, 139.
 - 2) Entwurf einer allgemeinen deutschen Zivilprozeßordnung, herausgegeben von Peterssen-Struckmann, Hannover 1864.
 - 3) Entwurf einer Deutschen Zivilprozeßordnung, im Königlich Preußischen Justizministerium bearbeitet, Berlin 1871.
 - 4) vgl. Hahn, C., Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 2. Bd.: Materialien zur ZPO, 1. Abt., S. 235.
 - 5) So z.B. Sonnenschmidt, Über das der Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 30.1.1877 zu Grunde liegende Prinzip der Mündlichkeit, ZZP 2, 251 ff.; Kräwel, Erfahrungen im jetzigen deutschen Civilprozesse, ZZP 3, 445; später Strobel, DJZ 1908, Spalte 134.

Auch Anregungen, das Mündlichkeitsprinzip zugunsten der Einrichtung einer A-limine-Entscheidung einzuschränken, sind bis heute immer wieder gemacht worden ¹⁾. Im Gesetz aber haben sie keinen Niederschlag gefunden, so daß wir im geltenden Zivilprozeß kein eigenes Vorverfahren, wie die geltenden öffentlich-rechtlichen Verfahrensvorschriften ²⁾ und keine echte A-limine-Abweisung wie etwa der österreichische ³⁾ oder japanische ⁴⁾ Zivilprozeß kennen.

Hat das aber zur Folge, daß die Mitwirkung des Richters bei der Einleitung eines Verfahrens nach unserer geltenden Zivilprozeßordnung eine rein mechanische Tätigkeit darstellt, durch die die Klageschrift ohne seine eigene Würdigung an den Beklagten weitergeleitet wird? Kann vielleicht auf die Mitwirkung des Richters bei der Klageerhebung ganz verzichtet werden oder gibt es so etwas wie eine richterlich kontrollierte Zulassung der Klage?

II. Die Bedeutung der Terminsbestimmung für die Klageerhebung

Zur Beantwortung der aufgeworfenen Fragen muß die Bedeutung der Terminsbestimmung für die Klageerhebung untersucht werden.

1) vgl. Bley, Erich, Prozeßurteil und Entscheidung nach Lage der Akten, ZZP 49, S. 154 ff. (hier besonders S. 159); weiter Kip, Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip, Köln-Berlin 1952, S. 156, der für die Möglichkeit der Klageabweisung a limine nach dem Vorbild der japanischen Zivilprozeßordnung eintritt, wo der Vorsitzende gem. § 192 nach der Erfolglosigkeit der Anordnung, einen Mangel der Klage zu beseitigen, dieselbe "zurückzureichen" hat.

2) vgl. § 12, I dieser Abhandlung

3) vgl. Hermann-Stagel, "Die Jurisdiktionsnorm und die Zivilprozeßordnung, 3. Aufl., Wien 1944, § 230, österr. ZPO.

4) vgl. Anm. 1) dieser Seite.

Schon die Entwürfe zur Zivilprozeßordnung sahen vor, daß die Klageschrift nach ihrer Einreichung bei der Geschäftsstelle dem Vorsitzenden bezw. Einzelrichter zur Termins- anberaumung vorgelegt wird ¹⁾. Nach eingehenden Ausein- andersetzungen mit dem französischen Rollensystem ²⁾ wird in der Begründung der Zivilprozeßordnung ausdrück- lich herausgestellt, daß die Beteiligung des Richters bei der Klageerhebung die dem deutschen Prozeßrecht entspre- chende Einleitungsform des Prozesses sei. Ein durch die Erhebung der Klage anhängig gewordener Rechtsstreit trete auch für das zu dessen Entscheidung berufene Gericht in die Welt und sei dessen, wenn auch nur formellen Einwir- kung von vornherein unterworfen ³⁾.

Die Beteiligung des Richters schon bei der Klageerhebung hat besonders Wach unterstrichen, indem er die Bedeutung der "richterlichen Willenserklärung" für die Konstitu- ierung des Prozesses gegenüber dem von Bülow vorwiegend betonten Prinzip der einseitigen Prozeßbegründung durch den Kläger hervorhob ⁴⁾.

Die Ansicht, eine richterliche Mitwirkung bei der Klage- erhebung sei in Form der vom Gesetz dem Vorsitzenden bezw. dem Einzelrichter gem. § 216 ZPO zugewiesenen Terminsbe- stimmung notwendig, wurde auch in der ständigen Recht- sprechung des Reichsgerichts ⁵⁾ und in der älteren

-
- 1) vgl. den Entwurf des Preußischen Justizministeriums, aaO, § 212 i.V. mit § 179, II.
 - 2) In unserem "Terminsystem" legt das Gericht den Ter- min fest, während dies nach französischem Prozeß- recht die Anwälte tun.
 - 3) Hahn, Die gesamten Materialien zur Zivilprozeßord- nung, Berlin 1881, 1. Abt., Begründung der ZPO in den Drucksachen des Reichstages 1874, zu Nr. 6, S. 160 (Seite 236).
 - 4) Wach, Adolf, Vorträge über die Reichszivilprozeß- ordnung, 2. Aufl., Bonn 1896, Das Verhältnis des Richters zu den Parteien, S. 52 ff.
 - 5) z.B. RGZ 13, 335; 45, 425; 55, 22; 99, 125.

Literatur ¹⁾ fast ausschließlich vertreten. Eine Klageerhebung ohne richterliche Terminsbestimmung sah man als nicht wirksam an. Die Terminsbestimmung wurde sogar - besonders von Hellwig ²⁾ - als wichtiger richterlicher Akt herausgestellt, der nicht als eine bloße Zeitangabe für die mündliche Verhandlung gesehen werden dürfe, sondern vielmehr als die Erklärung des Gerichts, daß es zur Verhandlung bereit sei und die Klage zulasse.

Eben diese Meinung stellen auch Rosenberg ³⁾ und Nikisch ⁴⁾ in ihren Lehrbüchern zum Zivilprozeßrecht heraus. Man ist deshalb erstaunt, daß Rosenberg - wie auch die meisten anderen Kommentatoren der Zivilprozeßordnung - ohne weiteres den Inhalt eines Urteils des Bundesgerichtshofs übernommen haben, wonach zu einer Klageerhebung nur die Zustellung der Klageschrift - auch ohne Terminsbestimmung - erforderlich sei ⁵⁾.

Lediglich Lent weist auf die Bedenken hin, wenn man auf der einen Seite die Terminsbestimmung als wichtigen richterlichen Akt herausstellt, auf der anderen Seite aber eine Klageerhebung auch ohne Terminsbestimmung als wirksam anerkennt ⁶⁾.

Der BGH begründet seine Entscheidung, daß eine Klage-

- 1) Hellwig, Konrad, System des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1912, 1. Teil, S. 299 ff; Rosenberg, Lehrbuch, 2. Aufl., (1929) S. 273 ff; Förster-Kann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 3. Aufl., Berlin 1913, Anm. 3 zu § 253 ZPO; Sydow-Busch-Krantz, Kommentar zur ZPO, 15. Aufl., (1919) Anm. 6 zu § 253 ZPO.
- 2) Hellwig, aaO, S. 300; ders., Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Bd., Leipzig 1909, S. 4.
- 3) Rosenberg, § 91 I 2.
- 4) Nikisch, S. 167; desgl. Wurzer, G., Die Prozeßvoraussetzungen, GruchBeitr. 64, 45; Breetzke, Zum Beginn der Rechtshängigkeit, DRiZ 55, 29 ff.; Kablitz; Hans, Klageerhebung ohne Terminsbestimmung? NJW 58, 125 ff.
- 5) BGHZ 11, 175 = NJW 54, 640, nachdem der BGH diese Frage in früheren Entscheidungen ausdrücklich offen gelassen hat: BGHZ 4, 335 und BGH in NJW 52, 1377.
- 6) Lent, aaO, S. 108.

erhebung auch ohne Terminsbestimmung wirksam sei, damit, daß der zwingende Inhalt der Klageschrift in § 253 Abs. II ZPO aufgeführt und die Terminsbestimmung dabei nicht genannt sei, demzufolge nach § 253 Abs. I ZPO die Zustellung der Klageschrift an den Beklagten genüge. Diese Entscheidung kann mit ihrer sehr kurzen Begründung nicht unbesehen übernommen werden, zumal sie die vorher herrschende Lehre und Rechtsprechung, daß eine Klageerhebung eine richterliche Mitwirkung voraussetze, zu korrigieren scheint.

Das Urteil ist auch nicht ohne Widerspruch geblieben. Besonders Kablitz ¹⁾ und Breetzke ²⁾ stellen unter Berufung auf Rosenberg und Nikisch ³⁾ die Mitwirkung des Richters bei der Klageerhebung in Form der Terminsbestimmung als einen entscheidenden Hoheitsakt heraus, durch den über die Zulassung der Klage und damit über die Einleitung eines Prozesses entschieden wird. Die Kritik läßt sich am besten durch Zitate aus diesen beiden Aufsätzen zusammenfassen. So schreibt Breetzke: "Die Terminsbestimmung ist der maßgebende Hoheitsakt und bedeutet die Zulassung der Klage. Fehlt sie, so mangelt es an dem wesentlichen Tatbestandsmerkmal. Ohne sie kann kein Prozeßrechtsverhältnis begründet werden." ⁴⁾

Ähnlich auch Kablitz: "Die Frage einer Klagezustellung an den Beklagten kann erst in zweiter Linie, d.h. erst dann auftauchen, wenn der Ausspruch des Gerichts über die Zulassung der Klage oder die Annahme der Klage als verhandlungsfähiger i.S. Rosenbergs durch Anberaumung eines Verhandlungstermins bestimmt worden ist" ⁵⁾.

1) Kablitz, Hans, Klageerhebung ohne Terminsbestimmung? NJW 58, 126.

2) Breetzke, Zum Beginn der Rechtshängigkeit, DRiZ 55, 31.

3) Rosenberg, § 91 I 2; Nikisch, S. 167; Hellwig, Lehrbuch, S. 4.

4) Breetzke, aaO, S. 32.

5) Kablitz, aaO, S. 127.

Der aufgeworfene Meinungsstreit läßt sich nur dadurch klären, daß man dem Sinn und Zweck der Terminsbestimmung nach dem Willen des Gesetzgebers nachgeht.

Die verschiedenen Entwürfe zur Zivilprozeßordnung haben sich ausdrücklich mit der zu prüfenden Frage befaßt, ob eine Klageerhebung auch ohne Terminsanberaumung als wirksam angesehen werden soll. Dabei hat der Reichstag in der Begründung des Entwurfs der ZPO die Anregung des Hannoverischen Entwurfs (§ 177), des Hessischen (Art. 254) und auch des Österreichischen Entwurfs (§ 188), die rechtlichen Wirkungen der Klagezustellung auch ohne vorgängige Anberaumung eines Termins eintreten zu lassen, abgelehnt. In Übereinstimmung mit der Norddeutschen Kommission ist diese Ansicht wegen der damit verbundenen praktischen Unzuträglichkeiten nicht übernommen worden. Die Zustellung der Klage ohne Ladung sei so wenig wie eine Ladung zu einem nicht bestimmten Termine von rechtlicher Bedeutung für den Gegner ¹⁾.

So kam es zur Formulierung des ehemaligen § 230 ZPO (jetzt § 253 ZPO), der die Klageerhebung regelte. Nach dieser Vorschrift mußte der zur Klageerhebung an den Beklagten zugestellte Schriftsatz neben der Bezeichnung der Parteien und des Gerichts, einer bestimmten Angabe des Gegenstands und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie eines bestimmten Antrags, auch gemäß § 230 Nr. 3 die Ladung des Beklagten vor das Prozeßgericht zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits enthalten. Eine Ladung ist aber nur zu einem bestimmten Termin möglich. Deswegen war die nach dem ehemaligen § 193 II (jetzt § 216 II ZPO) dem Vorsitzenden zugewiesene Terminsbestimmung für die Ladung und folglich auch für die Klageerhebung eine wesentliche Voraussetzung.

Diese Tatsache hat sich aber durch die 4. Vereinfachungsverordnung vom 12.1.1943 ²⁾ geändert. Die nach § 2 dieser Verordnung erfolgte Neufassung der einschlägigen §§ 253,

1) Hahn, aaO, zu Nr. 6, S. 158 (Seite 235).

2) RGBI. 1943, I, S. 7, § 2 Abs. I.

261 a.F. ZPO hatte die Ersetzung der Parteizustellung durch die Amtszustellung für das landgerichtliche Verfahren zum Inhalt. Vorher wurde die Klageschrift zunächst dem Gericht zur Terminsanberaumung eingereicht ¹⁾. Die mit der Terminsbestimmung versehene Klageschrift wurde dann dem Anwalt zurückgegeben, der sie daraufhin im Parteibetrieb dem Beklagten mit der Ladung zustellte. Damit war die Klage wirksam erhoben. Seit der 4. Vereinfachungsverordnung beschränkt sich die Tätigkeit des Klägers bei der Einleitung eines Urteilsverfahrens auf die Einreichung einer Klageschrift. Diese wird jetzt dem Beklagten durch das Gericht von Amts wegen und nicht wie bis dahin durch den Kläger zugestellt. Daraus aber ergab sich zwangsläufig, daß § 253 Abs. II Nr. 3 ZPO a.F., wonach die vom Kläger zuzustellende Klageschrift die Ladung des Beklagten zu dem vom Vorsitzenden jeweils erst noch anzuberaumenden Termin enthalten mußte, gegenstandslos geworden war und gestrichen wurde. Die Klageerhebung erfolgt nunmehr gemäß § 253 I ZPO durch die Zustellung der Klageschrift, die als notwendige Erfordernisse nach § 253 II Nr. 1 und 2 ZPO die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts, die bestimmte Angabe des Gegenstands und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag enthalten muß. Zwar ist in § 216 II ZPO bestimmt, daß der Vorsitzende nach Eingang einer Klageschrift binnen 24 Stunden Termin anzuberaumen habe. Weiter ist durch die auf Grund des Gesetzes zur Wiederherstellung der Rechtseinheit vom 12.9.1950 ²⁾ erfolgte Einfügung der §§ 261a und 261b ZPO die gleichzeitige Zustellung der Ladung mit der Klageschrift durch die Geschäftsstelle an-

-
- 1) Der Abs. I des § 233 a.F. (später § 261 a.F.) lautete bis zur Änderung gem. Art. 2 Z. 41 des Gesetzes zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 20.9.50, BGBl. 455: "Die Klageschrift ist zum Zwecke der Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung bei dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts einzureichen."
- 2) BGBl. 50, 455.

geordnet. Diese genannten Bestimmungen sind jedoch für die Klageerhebung keine wesentlichen Erfordernisse. Verstöße gegen sie sind auf die Wirksamkeit der Zustellung der Klage ohne Einfluß ¹⁾. Es liegt dann lediglich eine fehlerhafte Klageerhebung vor, aber auch eine solche begründet die Rechtshängigkeit ²⁾.

Zusammenfassend läßt sich somit feststellen, daß vor der 4. Vereinfachungsverordnung zu einer wirksamen Klageerhebung die Zustellung der Klageschrift mit der gleichzeitigen Ladung zu einem vom Vorsitzenden bestimmten Termin wesentliches Erfordernis war. Eine Ladung ohne vorherige Terminsbestimmung und damit auch eine Klageerhebung ohne Terminsbestimmung war nicht möglich. Nach den durch diese Verordnung erfolgten gesetzlichen Veränderungen gehört die gleichzeitige Zustellung von Klageschrift und Ladung zu einem bestimmten Termin nicht mehr zu den wesentlichen Erfordernissen der Klageerhebung. Die Klageschrift kann heute auch ohne Terminsbestimmung zugestellt werden und die Klageerhebung ist mit der Zustellung wirksam. Der Entscheidung des BGH vom 21.11.53 muß deshalb zugestimmt werden.

III. Gibt es eine Zulassung der Klage?

Mit dem erzielten Ergebnis, daß die dem Vorsitzenden zugewiesene Terminsbestimmung kein wesentliches Erfordernis für die Klageerhebung darstellt, ist die unter anderem von Breetzke und Kablitz vertretene Meinung, daß die Terminsbestimmung als der maßgebende Hoheitsakt die Zulassung der Klage darstelle und ohne sie kein Prozeßrechtsverhältnis begründet werden könne, als nicht halt-

1) So auch Arndt, Herbert, Klagezustellung ohne Terminsbestimmung, DRiZ 52, 130; BGHZ 11, 176.

2) vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 253 IV und die dort zitierte Literatur und Rechtsprechung.

bar herausgestellt. Denn die Klageerhebung ist zwar fehlerhaft, aber wirksam erfolgt, auch wenn die richterliche Mitwirkung in Form der Terminsbestimmung fehlt.

Damit ist jedoch noch nichts darüber ausgesagt, ob dem mit der Klage befaßten Richter ein Prüfungsrecht oder eine Prüfungspflicht der beabsichtigten Klage bereits vor der Zustellung an den Beklagten zusteht. Denn dies könnte unabhängig von der Terminsbestimmung der Fall sein. Kann oder muß der Vorsitzende bzw. Amtsrichter in bestimmten Fällen die beabsichtigte Klageerhebung unterbinden, indem er das vom Kläger gestellte Gesuch um Rechtsschutz in Form der Einleitung eines Urteilsverfahrens ablehnt?

Hierüber bestehen in der Literatur sehr verschiedene Ansichten. Nach der Meinung der einen Seite muß die Klageschrift dem Vorsitzenden bzw. dem Amtsrichter nur aus Zweckmäßigkeitsgründen vorgelegt werden, damit er die Ladung hinsichtlich des Zeitpunkts der mündlichen Verhandlung ergänzen kann. Sie versagt dem Richter die Prüfung der Klageschrift und entkleidet seine Mitwirkung jeder weiteren Bedeutung ¹⁾.

Demgegenüber räumt die Gegenmeinung dem Richter bereits nach der Einreichung der Klageschrift und noch vor deren Zustellung an den Beklagten eine wesentlich weitergehende richterliche Befugnis ein. Der Vorsitzende müsse zu diesem Zeitpunkt darüber entscheiden, ob die beabsichtigte

1) Fortenbach, Prüfungsrecht bei der Terminsbestimmung, ZJP 8, S. 153; Schultzenstein, aaO, ZJP 23, S. 92; Sinteris, Gustav, Der simulierte Prozeß, ZJP 30, S. 379; Schmidt, Richard, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., Leipzig 1906, S. 644; Fischer, Über die Bestimmung und Bekanntmachung der Termine etc., GruchBeitr. 25, S. 620 ff.; Seuffert, Lothar v., Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 11. Aufl., München 1910 und 1911, § 216; Nußbaum, Arthur, Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeßrecht, 1908, Bd. 17, Heft 1, S. 77; KG in ZJP 51, 280.

Klage als eine verhandlungsfähige angenommen und damit zugelassen werden könne ¹⁾.

Schließlich trifft Arndt ²⁾ die Unterscheidung, daß es zwar früher, als die Ladungen vor dem Landgericht noch im Parteibetrieb erfolgten, eine Zulassung der Klage in Form der Terminsbestimmung gegeben habe, dies aber heute nicht mehr der Fall sei.

Zunächst ist die Meinung Arndts, die die Frage, ob es eine Zulassung der Klage gibt, von der Art der Zustellung der Klage abhängig macht, abzulehnen. Denn Ziel und Zweck der Umstellung der Klagezustellung auch vor den Landgerichten vom Partei- zum Amtsbetrieb durch die 4. Vereinfachungsverordnung lagen lediglich in der Beseitigung bzw. Herabsetzung der sich aus der kriegsbedingten Einschränkung ergebenden Verzögerung, waren also eine gerichtsorganisatorische Maßnahme ³⁾, keineswegs wurde aber das Prüfungsrecht des Richters noch vor der Zustellung der Klageschrift an den Beklagten - falls es früher ein solches gegeben hat - geändert. War zur Zeit der Zustellung der Klage im Parteibetrieb eine Zulassung der beabsichtigten Klage erforderlich, so muß das für die heutige Klageerhebung auch noch gelten.

Die Frage, ob die beabsichtigte Klage vor der Zustellung durch eine richterliche Verfügung zugelassen werden muß, hängt zunächst davon ab, ob und in welcher Form eine richterliche Mitwirkung bei der Klageerhebung überhaupt erforderlich ist. In Form der Terminsbestimmung ist dies, wie festgestellt, nicht der Fall. Jedoch könnte ein Kriterium für die Wirksamkeit der Klageerhebung darin gesehen werden, ob die Zustellung einer Klageschrift - wenn

1) Rosenberg, § 91 I 2; Nikisch, S. 167; Hellwig, Lehrbuch, 3. Bd., S. 4; Eccius, Die Stellung des Richters bei der Terminsbestimmung im Falle der Ladung durch die Partei, GruchBeitr. 29, 1; Weizsäcker, Hugo, Unrichtige Parteibezeichnung in der Klageschrift, ZZP 27, 29.

2) Arndt, aaO, DRiZ 52, 130.

3) OLG Bamberg, MDR 49, 557; ebenso OLG Kassel, MDR 51, 44 ff.; OLG Celle, Nds. Rpfl. 52, 209.

auch ohne Terminsbestimmung - vom Richter angeordnet wird oder aber ohne richterliche Mitwirkung allein durch die Geschäftsstelle erfolgt. Auf diese Unterscheidung weist das LG Siegen ¹⁾ unter Bezugnahme auf ein Urteil des OLG Nürnberg ²⁾ hin. Danach wäre zu einer wirksamen Klageerhebung zwar nicht die Terminsbestimmung, aber wenigstens die richterliche Mitwirkung in Form der Anordnung der Klagezustellung erforderlich.

In der geltenden Zivilprozeßordnung finden sich zu der aufgeworfenen Frage keine positiven Vorschriften. Die in der Literatur vielfach vertretene Ansicht, daß die Klage erst zugestellt werden könne, wenn sie durch richterliche Verfügung zugelassen sei, d.h. wenn der Richter sie geprüft und als verhandlungsfähige angenommen habe, könnte deshalb nur aus den Quellen der ZPO und aus dem Willen des Gesetzgebers abgeleitet werden.

Die Institution einer besonderen Zulassung der Klage war jedoch vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt. Er betont in der Begründung zur ZPO ausdrücklich, daß die Mitwirkung des Gerichts bei der Einleitung des Rechtsstreits eine nur formelle sei. Der Richter habe kein sachliches Prüfungsrecht des Inhalts der Klageschrift zu dem Zwecke formell oder materiell offenbar unbegründete Gesuche a limine zurückzuweisen und dürfe deshalb die nachgesuchte Bestimmung eines Termins nicht verweigern ³⁾.

1) LG Siegen, MDR 50, 749.

2) OLG Nürnberg, NJW 50, 231.

3) Hahn, aaO, 2. Bd., 1. Abt., S. 235: "Eine sachliche Prüfung des Inhalts der Schriftstücke, in welche eine Ladung aufgenommen ist, zu dem Zwecke formell oder materiell offenbar unbegründete Gesuche a limine zurückzuweisen, würde dem Mündlichkeitsprinzip widerstreiten, da nach diesem lediglich das mündliche Vorbringen in der Gerichtssitzung entscheidend ist. Von diesem prinzipiellen Standpunkt aus, erschien die Vorschrift des nordd. Entwurfs (§ 218), daß die von einer Partei nachgesuchte Bestimmung des Termins zu einer mündlichen Verhandlung nicht verweigert werden kann, selbstverständlich und darum entbehrlich (vgl. nordd. Prot. I S. 349). Die Mitwirkung des Gerichts zur Einleitung des Rechtsstreits ist sonach, wie die allgemeine Begründung § 10 (Mündlichkeitsprinzip) betont, eine nur formelle."

Die hauptsächlich von Eccius ¹⁾ begründete gegenteilige Meinung, die nicht auf die "subjektive Auffassung" der Verfasser der Begründung zur ZPO abstellen, sondern die Zulassung der Klage objektiv aus dem Gesetz herleiten will, kann nicht überzeugen. Das Gesetz weise die Mitwirkung bei der Einleitung eines Urteilsverfahrens in Form der Terminsbestimmung dem Vorsitzenden des Gerichts zu. Seine Tätigkeit sei durch keine andere zu ersetzen, entspringe der ihm übertragenen richterlichen Amtsgewalt und könne sich deshalb auch durch die Ablehnung der Zulassung der Klage auf den Gang eines Rechtsstreits auswirken.

Fortenbach ²⁾ stellt demgegenüber u.E. richtig heraus, daß eine solche Auffassung nicht nur dem Willen des Gesetzgebers, sondern dem Prinzip unserer Zivilprozeßordnung überhaupt widerspreche, wonach materielle und auch formelle Mängel einer Klage erst in der mündlichen Verhandlung geprüft werden können. Auch aus den Darlegungen des Reichsgerichts ³⁾, daß in der dem Vorsitzenden zugewiesenen Verfügung in Form der Terminsbestimmung die Erklärung liege, das Gericht sei zu der bezeichneten Zeit bereit, mit den Parteien zu verhandeln, kann nicht mit Rosenberg ⁴⁾ gefolgert werden, daß damit eine Zulassung der Klage ausgesprochen werde. Vielmehr wird dadurch erklärt, daß der durch die Klage geltend gemachte Anspruch zu einem bestimmten Zeitpunkt mit den Parteien verhandelt werden soll.

Die Tätigkeit des Richters erschöpft sich demnach bei der Terminsbestimmung in der formellen Anberaumung eines Verhandlungstermins, zu dem die vom Kläger angestrebte mündliche Verhandlung stattfinden soll. Eine Zulassung der Klage hat es in unserem Zivilprozeß weder früher, als

1) Eccius, aaO, GruchBeitr. 29, 3; vgl. auch Hellwig, Lehrbuch, 3. Bd., S. 4.

2) Fortenbach, aaO, ZZP 8, 157, 158.

3) RGZ 55, 22.

4) Rosenberg, § 91 I 2.

die Terminbestimmung noch zu den wesentlichen Erfordernissen der Klageerhebung gehörte, gegeben, noch läßt sie sich aus der heute geltenden ZPO begründen.

Mit dieser Feststellung ist aber nicht ausgesagt, daß der mit der Klage befaßte Richter nicht schon vor der Zustellung der Klageschrift an den Beklagten auf den beabsichtigten Prozeß Einfluß nehmen und Anordnungen für eine möglichst prozeßökonomische Durchführung desselben treffen kann. Dies ergibt sich schon aus den Vorschriften der §§ 139, 272b ZPO, auf die später ausführlicher einzugehen sein wird ¹⁾. Auch ist damit nicht dargetan, daß jede eingereichte Klage zu einem ordentlichen Urteilsverfahren führen kann und muß. Denn es gibt Fälle, in denen die Einleitung eines Prozesses nicht möglich ist, weil die für das beabsichtigte Verfahren notwendigen Mindestvoraussetzungen fehlen. Je früher der Richter einen derartigen Mangel entdeckt, um so weniger Zeit, Arbeitskraft und Geld werden nutzlos verbraucht. Stellt folglich der mit der Klageschrift befaßte Richter bereits vor der Terminanberaumung und Zustellung der Klageschrift an den Beklagten fest, daß eine Mindestvoraussetzung für die Einleitung eines Urteilsverfahrens fehlt, so muß das der die Klage beabsichtigenden Partei mitgeteilt werden. Eine Zustellung der Klageschrift an den Beklagten darf nicht erfolgen. Eine solche Feststellung ist aber von der von uns abgelehnten "Zulassung" einer Klage unabhängig. Daß die Fälle, in denen der Klageerhebung so gravierende Mängel entgegenstehen, daß die beabsichtigte Einleitung eines Urteilsverfahrens nicht möglich ist, ziemlich selten sind, darf uns nicht daran hindern, eine klare Abgrenzung zu versuchen, zumal die Meinungen in der Theorie, wann die Einleitung eines Verfahrens verweigert werden darf, sehr weit auseinandergehen.

1) vgl. § 12, II dieser Abhandlung.

§ 4. Der Mangel der Klagehandlung

Nachdem festgestellt wurde, daß die Weigerung, ein Urteilsverfahren einzuleiten, nicht auf eine besondere Zulassung bei der Klageerhebung gestützt werden kann, sondern allein damit zu begründen ist, daß die erforderlichen Mindestvoraussetzungen für die Einleitung eines Urteilsverfahrens fehlen, müssen die Kriterien herausgearbeitet werden, die zur Zurückweisung einer beabsichtigten Klage führen können bzw. müssen. Es ist deshalb das Verhältnis Kläger - Gericht einer prozessualen Wertung zu unterziehen und zu prüfen, inwieweit der Richter bei der Einleitung des Verfahrens einen Mangel der Klagehandlung i.S. Rosenbergs ¹⁾ bereits vor der Zustellung der Klageschrift an den Beklagten berücksichtigen darf bzw. muß.

I. Die Klageerhebung als Prozeßhandlung

Der den Prozeß einleitende Akt der Klageerhebung ist nach Voraussetzungen und Wirkungen im Prozeßrecht geregelt und damit als Prozeßhandlung charakterisiert ²⁾. Die Tätigkeit des Klägers beschränkt sich bei der Klageerhebung darauf, die Klageschrift fertigzustellen und bei Gericht einzureichen oder sie zu Protokoll der Geschäftsstelle aufnehmen zu lassen ³⁾.

Jung will nun zwischen "Klageeinreichung" und "Klageerhebung" unterscheiden ⁴⁾. Die Klageeinreichung ist nach seiner Meinung "eine an keine Formen oder sonstigen rechtlichen Voraussetzungen geknüpfter rein tatsächlicher Vorgang, an den sich keine selbständigen und unmittel-

1) Rosenberg, § 91 I 2b.

2) Baumgärtel, Gottfried, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, Berlin und Frankfurt 1957, S. 291; Rosenberg, § 59.

3) §§ 253, 496 Abs. II ZPO.

4) Jung, aaO, DRiZ 53, 38; ebenso Bull, Klage verbunden mit Armenrechtsgesuch, JR 54, 56.

baren Rechtsfolgen anknüpfen". Die Klageerhebung mit ihren sehr erheblichen, unmittelbaren Rechtsfolgen würde erst nach Einreichung der Klageschrift, und zwar von Amts wegen erfolgen. Nach dieser Ansicht wird die Klagehandlung, d.h. die Einreichung der Klageschrift durch den Kläger, jeder Bedeutung und damit auch Beurteilung durch den Richter entzogen. Ihr kann aber in ihrer Begründung nicht gefolgt werden. Einmal reißt sie den einheitlichen Tatbestand der Klageerhebung auseinander, zum anderen schafft bereits die Einreichung der Klageschrift sehr wohl eine bedeutsame Rechtslage und bringt dem Kläger, sofern nur die Zustellung der Klageschrift an den Beklagten demnächst erfolgt, nach den §§ 261b Abs. III. 496 Abs. III ZPO bestimmte Vorteile. Schließlich ist die Wirksamkeit der Klageeinreichung entgegen der Ansicht Jungs auch an rechtliche Voraussetzungen geknüpft. Durch die Einreichung der Klageschrift stellt der Kläger ein Gesuch um Rechtsschutz. Er stellt an das Gericht den Antrag, die Klageschrift zuzustellen, eine Verhandlung einzuleiten und ein Urteil zu erlassen, das den von ihm geltend gemachten Anspruch feststellt. Da der Kläger also vom Gericht ganz bestimmte Prozeßhandlungen, nämlich die Einleitung eines auf Erlaß einer Entscheidung hinwirkenden Verfahrens anstrebt, kann man bei der Klageeinreichung mit Rosenberg ¹⁾, Nikisch ²⁾ und Lent ³⁾ von einer Erwirkungshandlung sprechen, deren Wirksamkeit als Parteihandlung von bestimmten persönlichen Handlungsvoraussetzungen abhängig ist. Die Klagehandlung hat zwar keinen rechtsgeschäftlichen Charakter, denn ihre Wirkungen treten nicht schon deshalb ein, weil sie vom Kläger gewollt sind, sondern unabhängig von seinem Willen, wie die Rechtshängigkeit, und erst durch die Entscheidung des

1) Rosenberg, § 60.

2) Nikisch, S. 209.

3) Lent, S. 76; so auch Goldschmidt, James, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Berlin 1932, S. 120.

Berichts, die durchaus nicht immer dem Kläger zu seinem erwünschten Erfolg verhelfen muß ¹⁾. Somit finden die für das bürgerliche Recht geltenden Normen auf die Handlungen des Klägers bei der Klageerhebung nach ständiger Rechtsprechung und allgemeiner Lehre keine Anwendung ²⁾. Die Regelung und Wirksamkeit dieser Parteihandlung ist vielmehr ausschließlich dem Prozeßrecht zu entnehmen. Die von einer Partei vorgenommenen Prozeßhandlungen sind demnach nur dann wirksam, wenn bestimmte persönliche Handlungsvoraussetzungen vorliegen, zu denen nach fast allgemeiner Ansicht die Parteifähigkeit, die Prozeßfähigkeit, die Postulationsfähigkeit und die Vertretungsmacht gehören ³⁾.

II. Die Behandlung eines Mangels der Klagehandlung

Wenn festgestellt wurde, daß die Klagehandlung als eine von der Partei vorgenommene Prozeßhandlung nur bei Vorliegen bestimmter persönlicher Handlungsvoraussetzungen wirksam ist, andererseits aber die herrschende Lehre und Rechtsprechung dahin geht, daß auch die Klagehandlung eines Prozeßunfähigen oder eines parteiunfähigen Gebildes den Prozeß eröffnen kann und zu einem Urteil führt ⁴⁾, so scheint darin ein Widerspruch zu liegen. Denn wie soll eine infolge Fehlens einer Prozeßhandlungsvoraussetzung unwirksame Klageerhebung einen Prozeß zum Entstehen bringen und zu einem wirksamen Urteil führen?

1) Lent, S. 76; Nikisch, S. 209; Rosenberg, § 83 I 5; anders in der Bezeichnung Stein-Jonas-Schönke-Pohle, die von der Prozeßhandlung der Parteien als "Willenserklärung" sprechen, IV 3 vor § 128.

2) Statt vieler Rosenberg, § 1 IV 3, §§ 73 - 75.

3) Statt vieler Rosenberg § 61 und Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 100; Schönke, Adolf, Das Rechtsschutzbedürfnis, Prozeßrechtliche Abhandlungen, Heft 17, Detmold-Frankfurt/Main-Berlin 1950, S. 57 ff. rechnen auch noch das Rechtsschutzbedürfnis zu den Prozeßhandlungsvoraussetzungen.

4) Statt vieler Nikisch, S. 114; RG in JW 17, 295 ¹⁸ mit Anm. von Heinsheimer.

Abend will sich damit helfen, daß er der Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit die Qualifikation als Prozeßhandlungsvoraussetzung abspricht ¹⁾, um zu einem logisch konsequenten Ergebnis zu kommen. Wie Baumgärtel ²⁾ aber richtig herausstellt, führt diese Meinung zu praktisch untragbaren Folgen. Denn wenn alle Prozeßhandlungen Partei- und Prozeßunfähiger als wirksam angesehen werden müßten, wäre eine ordnungsgemäße Durchführung eines Prozesses in Frage gestellt. Auch würde das schutzwürdige Interesse der prozeßunfähigen Partei nicht gewahrt ³⁾. Es ist daher an der herrschenden Lehre weiter festzuhalten, daß die Parteifähigkeit, die Prozeßfähigkeit und die Vertretungsmacht nicht nur Sachurteilsvoraussetzungen ⁴⁾, sondern auch Prozeßhandlungsvoraussetzungen sind. Mit der Meinung Abends ist demnach der scheinbare Widerspruch nicht zu klären.

Eine andere, vor allem in der älteren Literatur vertretene Meinung will das Problem damit lösen, daß sie erklärt, eine infolge Fehlens einer Prozeßhandlungsvoraussetzung wirkungslose Klageerhebung könne eben keinen "wirksamen" Prozeß einleiten.

So stellt Sauer fest, daß ein Parteiunfähiger keinen Prozeß führen und bei Mangel an Parteifähigkeit von einem Prozeß im Rechtssinne nicht gesprochen werden könne. Ein Verfahren, an dem ein Parteiunfähiger mitwirke, sei in allen seinen Akten ungültig. Ein Prozeß, der gegen ein so wichtiges Erfordernis verstoße, müsse nichtig, könne

1) Abend, Heinrich, Prozesse nicht parteifähiger und nicht existenter Parteien, Diss. Erlangen 1953 S. 13 und 15.

2) Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 102 und 103.

3) Ein zunächst Prozeßunfähiger, der während des Prozesses prozeßfähig wird, wäre z.B. an seine bisherige Prozeßführung festgehalten.

4) Warum hier die Bezeichnung "Sachurteilsvoraussetzungen" gewählt wird, wird später begründet.

nicht bloß unzulässig sein ¹⁾.

Für den Fall der Prozeßunfähigkeit kommt Just zu dem gleichen Ergebnis: Die Prozeßhandlungen prozeßunfähiger Personen seien ohne jede Wirkung und deshalb könne durch die Klage einer prozeßunfähigen Partei ein Urteilsverfahren nicht zustande kommen ²⁾.

Schließlich meint Hellmann, daß auch beim Fehlen der gesetzlichen oder gewillkürten Vertretungsmacht ein Prozeß nicht entstehen könne und das Gericht sich darauf beschränken müsse, seine Tätigkeit zu verweigern ³⁾. Aber auch in der modernen Literatur werden derartige Meinungen vertreten. Unrichtigerweise wird vereinzelt noch von der "Nichtigkeit" prozessualer Handlungen gesprochen, wenn eine der Prozeßhandlungsvoraussetzungen fehlt ⁴⁾.

Nach der Meinung Wieczoreks liegt eine den Richter zu einer Tätigkeit veranlassende Klage nur vor, wenn sie von einem Prozeß- und Postulationsfähigen ausgeht ⁵⁾.

Rosenberg führt schließlich aus, daß die Terminsanberaumung versagt werden darf und muß, wenn die Klagehandlung wegen Mangels einer Prozeßhandlungsvoraussetzung unwirksam ist ⁶⁾. Diese Meinung hätte aber zur Folge, daß ein ordnungsgemäßes Verfahren zur Feststellung einer Sachurteilsvoraussetzung, die zugleich Prozeßhandlungsvoraussetzung ist, gar nicht möglich wäre. Die erst nach der ordnungsmäßigen Durchführung eines Verfahrens mögliche

1) Sauer, Wilhelm, Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Aufl., Stuttgart 1929, S. 310 und 362; so auch Wach, Adolf, RheinZ 3, 403; Nußbaum, Arthur, Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeßrecht, 1908, Bd. 17, Heft 1, S. 68; Skedl, Arthur, Parteiunfähigkeit, absoluter Nichtigkeitsgrund, RheinZ. 12, 347.

2) Just, Zivilprozeßrechtliche Kontroversen, ArchZivPrax 68, 316 ff., insbes. 326.

3) Hellmann, Zur Lehre von dem Mangel der Prozeßfähigkeit, der Legitimation als gesetzlicher Vertreter und der Prozeßvollmacht nach deutschem Zivilprozeßrecht, ZZP 27, 261 ff.

4) So Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 56 I 1 und 3.

5) Wieczorek, § 253 F IIa 1.

6) Rosenberg, § 91 I 2b; desgl. Hellwig, Lehrbuch, 3. Bd., S. 3.

Entscheidung, ob z.B. die Partei prozeßfähig oder richtig vertreten ist, müßte vom Richter vor der Zustellung der Klageschrift an den Beklagten vorweggenommen werden. Diese Konsequenz will aber Rosenberg anscheinend nicht in dieser extremen Weise gezogen wissen, denn er fügt in einem Nachsatz hinzu, daß der Vorsitzende vor der Terminsanberaumung zwar Aufklärung verlangen könne, wenn der Mangel einer Handlungsvoraussetzung nicht feststehe, er aber besser den Termin ansetzen und es dem Gericht überlassen werde, die nötigen Nachweisungen zu fordern. Wenn der Mangel einer Prozeßhandlungsvoraussetzung aber feststehe, müsse die "Terminsanberaumung" verweigert werden. Damit ist aber anstelle einer überzeugenden dogmatischen Lösung nur ein Prosperitätsgesichtspunkt in den Vordergrund gerückt: Es liegt also in der Hand des Vorsitzenden, ob der Klage eines Prozeßunfähigen die Zulassung verweigert oder aber ob die Prüfung und Entscheidung einem ordentlichen Prozeßverfahren mit mündlicher Verhandlung überlassen, also ein durch Prozeßurteil abgeschlossener Formalprozeß geführt werden soll. Mit dieser Meinung können wir uns nicht zufrieden geben, schon deswegen, weil sie keine klare Antwort auf das von uns aufgeworfene Problem gibt. Zu einer Beantwortung der Frage, ob auch die Klage eines parteiunfähigen Gebildes, eines Unmündigen, eines Entmündigten selbst oder eines von ihm bevollmächtigten Vertreters regelmäßig den Prozeß eröffnet und zu einem Urteil führt, obwohl die Klagehandlung unwirksam ist, kann man nur kommen, wenn man das Wesen und die Bedeutung der Klageerhebung dogmatisch richtig erkennt und einordnet.

III. Wesen und Bedeutung der Klageerhebung

1. Die Klageerhebung als causa efficiens des Prozesses

Die Klageerhebung hat als Prozeßhandlung die Besonderheit, daß durch sie überhaupt erst ein Prozeß zum Entstehen

kommt. Während bei einer beliebigen anderen Prozeßhandlung das Fehlen einer Prozeßhandlungsvoraussetzung nur die Wirkung hat, daß diese konkrete Prozeßhandlung unwirksam ist, der Prozeß aber als solcher davon nicht berührt wird ¹⁾, wäre bei einem Mangel der Klagehandlung - wenn man die gleichen Maßstäbe anlegt - die Einleitung eines Prozesses überhaupt nicht möglich.

Die Klageerhebung kann aber nicht wie irgendeine beliebige Prozeßhandlung aufgefaßt werden, sondern muß gerade als die den Prozeß begründende Prozeßhandlung gesehen werden. Die Behandlung dieser konstitutiven Rechtsfigur erfordert eine scharfe Trennung zwischen der Ordnungsmäßigkeit der Klageerhebung und der Klageerhebung als Entstehungstatbestand des Prozesses. Diese systematische Unterscheidung ist in der Literatur auch schon mehrfach betont worden ²⁾, doch ist ihre rechtliche Qualifikation auch heute noch lebhaft umstritten. Besonders der Ausdruck "ordnungsmäßige Klageerhebung", wie man ihn vielfach antrifft, trägt zu verschiedenen Auslegungen und Irrtümern über die beiden grundverschiedenen Prozeßelemente bei, die in diesem Begriff enthalten sind.

Zur Entstehung eines Prozesses gehören zwei Momente: erstens sein Entstehungstatbestand und zweitens die Voraussetzungen im technischen Sinne, konkreter ausgedrückt, die Klage als solche und die Prozeßvoraussetzungen, die dieselbe zu einer vollgültigen machen. Diese Tatsache wird von Süß klar herausgestellt, wenn er erklärt, daß die Klageerhebung - und sei sie noch so mangelhaft - die

1) vgl. Rosenberg, §§ 43 - 45.

2) Vor allem Süß, aaO, ZZP 54, 12 ff.; ders., Die dogmatische Bedeutung des Verstoßes gegen die einzelnen Vorschriften der Klageerhebung im Zivilprozeß, Festschrift für Paul Heilborn, Breslau 1931, S. 129 ff.; Oertmann, Paul, Die Rechtsbedingung, Leipzig und Erlangen 1924, S. 14; Goldschmidt, James, Zwei Beiträge zum materiellen zivilen Justizrecht, Berliner Festschrift für Brunner, 1914, S. 152.

Vorbedingung für den Prozeß überhaupt ist, der auch dann zustande kommt, wenn alle Sachurteilsvoraussetzungen fehlen ¹⁾. Die Klage als solche ist zunächst nur in der Lage, einen Prozeß zu begründen. Liegt eine mangelhafte Klage und Klageerhebung vor, so führt auch diese zu einem Prozeß, allerdings nur zu einem Formalprozeß, weil die Verhandlung zur Sache unzulässig ist.

Der Prozeßbegründungsakt der Klageerhebung ist demnach scharf zu trennen von den Voraussetzungen eines zustandegewordenen mangelfreien Prozesses. Die Sachurteilsvoraussetzungen sind Gegenstand der Prüfung und Aburteilung im Prozeß selbst und setzen logischerweise dessen Existenz voraus, können also nicht wiederum Voraussetzung seiner Existenz sein. Dagegen geht die Klageerhebung als solche dem Entstehungstatbestand des Prozesses voran, sie ist die *causa efficiens*, ein konstitutives Merkmal des Prozesses schlechthin. Sie kann deshalb nicht als Sachurteilsvoraussetzung behandelt werden ²⁾.

Auf die Frage, wann die Mindestvoraussetzungen einer Klage, also die Klage als solche vorliegt, wird später eingegangen. Hier muß zunächst geprüft werden, was zur Ordnungsmäßigkeit der Klageerhebung gehört, um die Frage beantworten zu können, ob ein Mangel der Klagehandlung die Entstehung des Prozesses verhindert.

-
- 1) Süß, aaO, ZZP 54, 44; Die Unterscheidung, daß die Klage keine Prozeßzulässigkeitsvoraussetzung ist, weil sie den Prozeß begründet, aber nicht zulässig macht, trifft auch Rosenberg § 89 I 2.
 - 2) So stufte sie Bülow, Oskar, Die neue Prozeßrechtswissenschaft und das System des Zivilprozeßrechts, ZZP 27, 237 ff., ein; dagegen Kohler, Josef, Der Prozeß als Rechtsverhältnis, Mannheim 1888, S. 56: "Zu den Voraussetzungen des Prozeßrechtsverhältnisses könnte man auch das Prozeßeröffnungsgeschäft selbst rechnen; allein man würde damit den Begriff der Voraussetzungen oder der gesetzlichen Bedingungen sprengen; Voraussetzungen eines Rechtsverhältnisses sind die Umstände, welche neben dem begründeten Geschäft vorhanden sein müssen, nicht dieses Geschäft selbst."

2. Die Ordnungsmäßigkeit der Klageerhebung als Sachurteilsvoraussetzung

Die Ordnungsmäßigkeit der Klageerhebung ist im Gegensatz zu der Klageerhebung als solcher, dem Prozeßbe gründungsakt, Sachurteilsvoraussetzung. So wird sie auch von den einzelnen Lehrbüchern und Kommentaren eingestuft und dabei betont, daß sie als erste Sachurteilsvoraussetzung zu prüfen sei ¹⁾. Gegen diese rechtliche Qualifikation kann nicht vorgebracht werden, daß Mängel der Klageerhebung durch Verzicht des Gegners geheilt werden können, Sachurteilsvoraussetzungen aber nur solche Tatsachen sein können, die das Gericht von Amts wegen zu prüfen hat und auf die die Parteien nicht wirksam verzichten können ²⁾. Denn es ist nicht richtig zu sagen, daß ein verzichtbarer Mangel durch Verzicht "geheilt" wird. Dieser bedarf vielmehr überhaupt keiner Heilung, weil er rechtlich so lange unbeachtlich ist, bis ihn der Gegner geltend macht. Durch den Verzicht verliert der Gegner lediglich sein Rügerecht, ohne damit den Mangel als solchen zu heilen ³⁾. Dies macht auch in der modernen Literatur keine Schwierigkeiten, Unklarheiten herrschen nur darüber, was alles zur Ordnungsmäßigkeit der Klageerhebung gehört ⁴⁾.

-
- 1) Statt vieler Baumbach-Lauterbach, § 253 2 B; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 274 I 2a; Zöllner, Richard, Zivilprozeßordnung, 8. Aufl., München 1957, § 253 2); RGZ 99, 126.
 - 2) Dieses Argument bringt Hellwig, Konrad, Klagerecht und Klagmöglichkeit, Leipzig 1905, S. 58, Anm. 17.
 - 3) BGH in NJW 57, 264: "Das Gesetz geht in diesem Falle nur von der Annahme oder Unterstellung aus, die Klageschrift sei ordnungsgemäß erhoben oder zugestellt worden." Süß, aaO, ZJP 55, 41.
 - 4) Bülow rechnet in ZJP 27, 237 ff. die Klage als solche zu den Prozeßvoraussetzungen. - Nach Seuffert, Lothar v., Zivilprozeßordnung, 11. Aufl., München 1910, Bem. 1 zu § 274 ZPO; Hellwig, Lehrbuch II, S. 14; Förster-Kann, Zivilprozeßordnung, 3. Aufl., Berlin 1913 und 1926, 1 zu § 274; Sydow-Busch-Krantz-Triebel, Zivilprozeßordnung, 21. Aufl., Berlin und Leipzig 1935,

Die meisten modernen Autoren begnügen sich damit festzustellen, daß die Klage dann ordnungsgemäß erhoben sei, wenn sie den notwendigen Inhalt hat, d.h. den Erfordernissen des § 253 Abs. II ZPO entspricht ¹⁾.

Rosenberg nimmt noch die gewillkürte Vertretungsmacht auf seiten der einen oder anderen Partei und die Postulationsfähigkeit des Klägers dazu ²⁾.

Aber beide Auffassungen sind zu eng und können nicht geteilt werden. Denn die Korrektheit der Klageerhebung ist nur ein einzelnes Tatbestandsstück der gesamten Klageerhebung. Der Umfang dessen, was im Rahmen der Ordnungsmäßigkeit der Klageerhebung zu den Sachurteilsvoraussetzungen gehört, ist vielmehr durch den mehraktigen Sukzessivtatbestand der Klageerhebung eindeutig bestimmt. Zu diesem gehören neben dem notwendigen Inhalt der Klageschrift, auch die Einreichung der Klage, die Terminsanberaumung und die Zustellung an den Beklagten ³⁾. Die Auf-

Fortsetzung Punkt 4) von S. 27:

1 zu § 274, ist die ordnungsmäßige Klageerhebung nur Prozeßvoraussetzung, ohne Stellungnahme zur Klageerhebung als Entstehungstatbestand. - Nach Oertmann, Paul, Grundriß des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., Leipzig 1927, S. 24, ist nur die formelle Korrektheit der Klageschrift Prozeßvoraussetzung. - Jaeger, Ernst, Zum Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts von Jacob Weismann, lehnt in ZZP 40, 125, die Klage als solche als Prozeßvoraussetzung ab. - Kohler, Rechtsverhältnis, S. 56 und Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 10. Aufl., Tübingen 1911, I 1 zu § 274, vertreten den Standpunkt, daß weder die Klage noch die Erfordernisse ihrer Ordnungsmäßigkeit Prozeßvoraussetzungen sind. - Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 274 I 2a, sprechen von der "ordnungsmäßigen Klageerhebung" als Prozeßvoraussetzung. Dieser Begriff beinhaltet zwei verschiedene Elemente und ist deshalb nicht eindeutig.

1) So Lent, S. 86; Schönke-Schröder-Niese, § 45 III 1a; Nikisch, S. 223.

2) Rosenberg, § 89 I 2.

3) So auch Süß, aaO, ZZP 54, 12 ff.; ders. in der Festgabe für Paul Heilborn, S. 130 ff.; Goldschmidt, in der Festschrift für Heinrich Brunner, S. 152; Raab, Robert, Die Prozeßvoraussetzungen und die Reihenfolge ihrer Prüfung, Diss. Frankfurt 1949, § 2; wohl auch Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 274 I 1, Anm. 9.

lösung dieses Gesamttatbestandes würde die Trennung von rechtlich Zusammengehörigem bedeuten. Deshalb gehört auch ein Mangel der "Klagehandlung" zur Ordnungsmäßigkeit der Klageerhebung und ist erst bei der Prüfung dieser Sachurteilsvoraussetzung zu berücksichtigen. Für die Klage als solche, den Prozeßbegründungsakt, ist aber ein solcher Mangel ohne Bedeutung. Allein mit dieser Einordnung kommen wir zu einer dogmatisch sauberen Lösung des von uns anfangs aufgeworfenen Problems, wie sich ein Mangel der Klagehandlung auf die Einleitung des Prozesses auswirkt.

Wir können nun hier als Ergebnis festhalten, daß die Prozeßbegründungshandlung, die Klageerhebung als solche, niemals wegen des Mangels einer Prozeßhandlungsvoraussetzung unwirksam sein kann. Denn auch eine völlig mangelhafte Klage - soweit nur eine solche vorliegt - eröffnet den Prozeß. Die Voraussetzungen einer wirksamen Klagehandlung, die Prozeßhandlungsvoraussetzungen, gehören aber zur Ordnungsmäßigkeit der Klageerhebung, die wie eine gewöhnliche Sachurteilsvoraussetzung behandelt wird.

§ 5. Die Ablehnung der Möglichkeit einer unzulässigen Klage das ordentliche Urteilsverfahren zu verweigern

Es ist heute allgemeine Meinung, daß auch die infolge Mangels einer Sachurteilsvoraussetzung unzulässige Klage ein wirksames Prozeßrechtsverhältnis begründet und einen auf ein Urteil hinstrebenden Prozeß eröffnet ¹⁾.

1) Auf die Konstruktion des Prozeßrechtsverhältnisses soll hier nicht näher eingegangen werden. Denn es besteht Einigkeit darüber, daß ihr Wert gering und für die von der Arbeit zu behandelnde Problematik ohne weitere Bedeutung ist. Vgl. Eberhard Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung, 1. Teil, Göttingen 1952, S. 39, Anm. 37; Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 81. Wie Nikisch, S. 16, richtig herausstellt, entsteht nämlich ein Prozeßrechtsverhältnis immer dann, wenn auch ein Prozeß zustande kommt. Wenn deshalb im folgenden vom Zustandekommen eines Prozesses gesprochen wird, so ist damit auch zugleich das Entstehen eines Prozeßrechtsverhältnisses gemeint.

Bülow war allerdings noch anderer Ansicht, als er den Begriff der Prozeßvoraussetzungen festlegte. Er betrachtet sie als die Voraussetzung für die Entstehung des Prozeßrechtsverhältnisses und die Existenz eines Verfahrens überhaupt ¹⁾. Für diese Betrachtungsweise waren aber dem geltenden Zivilprozeß fremde, vor allem aus dem römischen und dem gemeinen Prozeß hergeleitete Gesichtspunkte maßgebend. In diesen Verfahrensarten wurde nämlich eine Trennung des prozessualen und materiellen Rechtsstoffes bezüglich des Prozesses vorgenommen. Die Behandlung der prozessualen Fragen gehörte nicht zum eigentlichen Prozeß, sondern war nur vorbereitendes Verfahren.

Eine solche Trennung hinsichtlich eines Vor- und eines Hauptverfahrens kennt der heutige Zivilprozeß nicht mehr. Das wird von der älteren Literatur teilweise übersehen und es werden zu starke Parallelen zum römischen oder gemeinrechtlichen Prozeß gezogen ²⁾, deren Auswirkungen auch in der modernen Literatur noch zu verspüren sind und gerade in das von der Arbeit zu behandelnde Problem mit hereinspielen. Man kann heute allenfalls noch von einer Zweiteilung des Verhandlungsstoffes sprechen, dem formellen und dem materiellen Teil. Aber sowohl der Prozeß über eine strittige formelle Frage, wie auch der über den strittigen materiellen Anspruch, wird durch Urteil abgeschlossen und für beide Arten, das Prozeß- und Sachurteil, gelten die gleichen prozessualen Vorschriften ³⁾. Der "Formalprozeß" ist nach den geltenden Prozeßvorschriften nicht nur ein vorbereitender Abschnitt, sondern bildet mit dem "Sachprozeß" ein einheitliches Verfahren. Infolgedessen wird im geltenden Zivilprozeß eine unzulässige Klage in der gleichen Weise in einem ordentlichen

1) Bülow, Oskar, Die Lehre von den Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen, Gießen 1868, S. 6 ff.

2) vgl. vor allem Weizsäcker, aaO, ZJP 27, 21 ff.; richtig gesehen von Wurzer, aaO, GruchBeitr. 64, 44 und Süß, aaO, ZJP 54, 16.

3) Unterschiede ergeben sich natürlich in der Wirkung der beiden Urteile bezüglich der Rechtskraft.

Verfahren verhandelt und festgestellt, wie eine unbegründete. In den Fällen, in denen eine Sachurteilsvoraussetzung geprüft und deren Mangel festgestellt wird, kommt es nur nicht zu einer Entscheidung in der Sache, sondern lediglich zu einem "Formalprozeß". Aber auch hier besteht ein Urteilsverfahren nach der Zivilprozeßordnung, das sich grundsätzlich in nichts von dem zum Sachurteil führenden Verfahren unterscheidet.

Nach dem erzielten Ergebnis ist die Meinung Rosenbergs, daß der Richter der Klage als einer verhandlungsunfähigen grundsätzlich die "Zulassung" verweigern kann, wenn die Klagehandlung wegen des Mangels einer Handlungsvoraussetzung unwirksam ist ¹⁾, nicht zu billigen. Auch die Meinung Goldschmidts, bei der Klage eines Vertreters ohne Vertretungsmacht ²⁾ oder die Meinung Hoches bei der Klage eines Kindes oder eines Geisteskranken könne die Terminsanberaumung abgelehnt werden ³⁾, kann in dieser allgemeinen Form nicht unsere Zustimmung finden. Denn die Unzulässigkeit der Klage, sei es der Mangel einer bloßen Sachurteilsvoraussetzung ⁴⁾, sei es der Mangel einer Prozeßhandlungsvoraussetzung, bildet kein Kriterium für die Zurückweisung einer beabsichtigten Klage. Zu diesem Ergebnis muß man auch dann kommen, wenn der Mangel z.B. der Prozeßfähigkeit feststeht. Das Argument des Kammer-

1) Rosenberg, § 91 I 2b; desgl. Hellwig, Lehrbuch, 3. Bd., S. 4.

2) Goldschmidt, James, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Berlin 1932, S. 172; ebenso Hellwig, Konrad, System des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1912, S. 300.

3) Hoche, aaO, S. 19; desgl. Baumbach-Lauterbach, § 216, Anm. 2 A und Nikisch, S. 167.

4) Bei den sonstigen Prozeßvoraussetzungen, wie der Zuständigkeit des Gerichts, der Zulässigkeit des Rechtsweges etc. - Ausnahme: Gerichtsbarkeit - nimmt auch Rosenberg, § 91 I 2c, an, daß sich die Prüfung des Vorsitzenden vor der Terminsbestimmung auf diese Punkte nicht zu erstrecken hat. So auch die allgemeine Meinung. Statt aller Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 216 II.

gerichts ¹⁾, es stelle einen "unerträglichen Formalismus" dar, wenn das Gericht verpflichtet sein sollte, auf die Klage einer nicht prozeßfähigen Person hin eine Amtshandlung vorzunehmen, ist für sich allein nicht ausreichend. Denn wenn das Gesetz diesen "unerträglichen Formalismus" zugunsten der mündlichen Verhandlung in Kauf nimmt, so muß de lege lata auch Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt werden.

Das Argument des Kammergerichts wird und kann auch dann nicht gebracht werden, wenn eine Klage offensichtlich unschlüssig ist. Das Gericht ist in diesem Falle gehalten, einen Prozeß einzuleiten, obwohl von vornherein feststeht, daß er zu keinem positiven Ziele führt. Wegen der Einheitlichkeit des Verfahrens haben in gleicher Weise wie bei der Unschlüssigkeit der Klage auch bei prozesualen Mängeln der Klageerhebung prozeßökonomische Erwägungen zugunsten des vom Gesetzgeber vorgeschriebenen Mündlichkeitsprinzips zurückzutreten.

Weiter müssen nach herrschender Meinung die Sachurteilsvoraussetzungen erst am Schluß der mündlichen Verhandlung vorliegen ²⁾, nicht aber bereits zu Beginn des Verfahrens. Die Heilung eines ursprünglich bestehenden Mangels, z.B. der Partei- oder Prozeßfähigkeit ist aber möglich durch Entstehung der Fähigkeit oder durch Genehmigung ³⁾. Selbst bei einem in der Verhandlung festgestellten Fehlen der Partei- oder Prozeßfähigkeit, der Legitimation

1) KG, RsprOLG 25, 132, Beschl. vom 12.10.1911, in dem das Verfahren eines Amtsgerichts, das die Bestimmung eines Termins abgelehnt hatte, weil der Kläger gerichtskundig entmündigt war, gebilligt wird.

2) Statt vieler Rosenberg, § 89 IV 4; Rittelmeyer, Der maßgebende Zeitpunkt der Prozeßvoraussetzungen, Diss. Erlangen von 1948; RGZ 160, 210.

3) z.B. BGHZ 23, 207: "Wenn einem Zivilrechtsstreit dadurch ein Mangel anhaftet, daß der Kläger z.Zt. der Klageerhebung und weiterhin bis zu seinem Tode geschäftsunfähig war, so kann nach dem Tode des bisherigen Klägers ein einzelner Miterbe den Rechtsstreit aufnehmen und durch Genehmigung der bisherigen Prozeßführung den Mangel des bisherigen Verfahrens heilen."

eines gesetzlichen Vertreters oder der erforderlichen Ermächtigung zur Prozeßführung, kann der Prozeß gemäß § 56 Abs. II und § 89 ZPO vorläufig fortgesetzt und in die Verhandlung zur Sache eingetreten werden. Die Weigerung einer Klage beim Fehlen solcher Sachurteilsvoraussetzungen ein ordentliches Urteilsverfahren zu eröffnen, würde neben der Unvereinbarkeit mit dem herausgestellten systematischen Rahmen deshalb auch dem Sinn des Gesetzes widersprechen, wollte man diese Möglichkeiten von vornherein ausschalten ¹⁾.

Als Ergebnis können wir damit festhalten, daß weder die infolge Fehlens einer Sachurteilsvoraussetzung unzulässige Klage, noch die wegen Mangels einer Prozeßhandlungsvoraussetzung unwirksame Klagehandlung ein Kriterium darstellen, das die Zurückweisung einer beabsichtigten Klage rechtfertigen könnte ²⁾.

1) Dieses Argument bringen auch Lent, S. 108, und Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 216 II 2.

2) Auf die von den einzelnen Autoren aufgeführten "Ausnahmen" wird noch eingegangen werden.

Zweiter Teil

§ 6. Sachurteilsvoraussetzungen und Prozeßbedingungen

Da auch bei Fehlen einer Sachurteils- und Prozeßhandlungsvoraussetzung ein Prozeß zustande kommt, können die Umstände, die die Existenz eines Prozesses bedingen, mit der Rechtsnatur dieser Prozeßelemente nichts gemein haben. Sie sind nicht für die Existenz, sondern lediglich für die Zulässigkeit einer Verhandlung zur Sache und für eine sachliche Entscheidung maßgebend. Die Prüfung der Zulässigkeit eines Prozesses setzt aber bereits einen Prozeß voraus. Somit gilt es nun die Frage zu beantworten, wann überhaupt ein Prozeß zustande kommt und welches seine Mindestvoraussetzungen sind. Denn wenn der Mindesttatbestand eines Prozesses nicht gegeben ist, kann von einem solchen nicht gesprochen werden, können die prozessualen Regeln über den Ablauf eines ordentlichen Verfahrens keine Anwendung finden und es kann deshalb auch kein Urteil ergehen.

Es ist heute allgemein anerkannt, daß die Prozeßvoraussetzungen im technischen Sinne - entgegen der richtigen terminologischen Auslegung - nicht die Voraussetzungen für die Existenz eines Verfahrens überhaupt sind ¹⁾. Man hat sich daran gewöhnt, unter dem falschen Ausdruck das Richtige zu verstehen. Trotz der von Rosenberg vorgetragenen Bedenken ²⁾, soll hier mit Stein-Jonas-Schönke-Pohle ³⁾ und Lent ⁴⁾ der Begriff der "Sachurteilsvoraussetzungen" geführt werden. Denn im folgenden geht es gerade darum, die Prozeßvoraussetzungen im technischen

1) Statt vieler Schmidt, Eberhard, Lehrkommentar, S. 68.

2) Rosenberg, § 89 I 2.

3) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 274 I 1.

4) Lent, S. 85; desgl. Schönke-Schröder-Niese, S. 206.

Sinne von den eigentlichen Voraussetzungen eines Prozesses abzugrenzen ¹⁾. Wir müssen dabei Rosenberg zugeben, daß die Bezeichnung "Sachurteilsvoraussetzungen" zunächst als etwas zu eng erscheint. Wir wollen aber die Sachurteilsvoraussetzungen nicht so verstanden wissen, daß sie nur Voraussetzungen für ein Urteil zur Sache sind, sondern als die Gesamtheit der Voraussetzungen, von denen es abhängt, daß über einen bestimmten Prozeßgegenstand in einem bestimmten Prozeß zur Sache verhandelt und entschieden wird. Dazu gehört also auch der ganze prozessuale Weg bis zum Sachurteil, weswegen die Feststellung des Mangels einer Sachurteilsvoraussetzung in jedem Stadium des Verfahrens eine Beendigung desselben in Form eines Prozeßurteils zur Folge hat, falls der Mangel nicht noch geheilt werden kann ²⁾.

Im Gegensatz zu den Sachurteilsvoraussetzungen im ausgeführten Sinne gilt es die Prozeßelemente herauszustellen, die die Einleitung eines Prozesses - auch eines Formalprozesses - überhaupt erst bedingen. Die Abgrenzung derselben ist bestritten und wird vielfach überhaupt nicht beachtet, was dann in der Konsequenz gerade in der von uns hier zu behandelnden Problematik zu falschen Ergebnissen führt..

Sauer stellt in seinen "Grundlagen des Prozeßrechts" ³⁾ dem "Prozeß seiner Idee nach" den "Prozeß in seiner realen Gestalt" gegenüber. Unter dem ersten Begriff versteht Sauer den Prozeß, wie er in seiner idealen Gestalt sein soll, in dem alle Merkmale eines Prozesses, die wesentlichen und die unwesentlichen, vorhanden sind. Dieser Prozeß führt zu dem von den Parteien beabsichtig-

1) vgl. Schnorr v. Carolsfeld, aaO, Anm. 27: "... die formalen echten Prozeßvoraussetzungen."

2) Schmidt, E., Lehrkommentar, S. 68, Anm. 10, hält die Bezeichnung Sachurteilsvoraussetzungen ebenfalls für angängig.

3) S. 32 ff.; ders., Prozeßrechtslehre, S. 201.

ten Ziele, dem Urteil in der Sache. Der "Prozeß in seiner realen Gestalt" dagegen erfordert nur das Vorliegen der wesentlichen Merkmale, d.h. das Minimum eines Tatbestandes, um noch von einem Prozeß im Rechtssinne sprechen zu können. Dem Prozeß fehlt es zuweilen an Voraussetzungen, die an sich zur Prozeßidee gehören und dennoch bleibt er Prozeß. Fehlt es aber an Bedingungen, die zur Einleitung eines Prozesses überhaupt notwendig sind, so ist der Prozeß nicht nur unzulässig oder anfechtbar, sondern er wird gar nicht existent. Diese Bedingungen werden von Sauer als Prozeßexistenzvoraussetzungen ¹⁾, Existenzbedingungen ²⁾ oder wesentliche Prozeßmerkmale ³⁾ bezeichnet. Hier soll der Ausdruck "Prozeßbedingungen" geführt werden, da diese Umstände die Einleitung eines Prozesses erst ermöglichen und deshalb Bedingungen für seine Entstehung sind ⁴⁾.

Während also die Frage nach den Sachurteilsvoraussetzungen, die Frage nach der Zulässigkeit der Verhandlung und Entscheidung zur Sache darstellt, fragt man bei der Prüfung der Prozeßbedingungen danach, ob die Einleitung eines Prozesses im Rechtssinne überhaupt möglich ist. Den Mindesttatbestand eines Prozesses aber muß der Richter bei jeder beabsichtigten Klage prüfen, denn er kann sich nicht bereit erklären, an der Eröffnung eines Verfahrens mitzuwirken, wenn die Einleitung eines solchen gar nicht möglich ist, weil die Mindestbedingungen hierzu fehlen.

1) Sauer, Grundlagen, S. 162 und Prozeßrechtslehre, S. 204.

2) Sauer, Die Prozeßvoraussetzungen, LZ 1919, 671.

3) Sauer, Prozeßrechtslehre, S. 216.

4) Merkmale eines Dinges sind nur Umstände, die dessen Wesen ausmachen. Die Bezeichnung "Prozeßmerkmale" ist deshalb für die zur Diskussion stehenden Prozeßelemente zu eng. Der Begriff "Prozeßbedingungen" ist weiter, da er neben den Merkmalen des Prozesses auch noch die Bedingungen umfaßt, die für die Einleitung eines solchen notwendig sind.

Im folgenden werden nun die Prozeßbedingungen, wie sie zum realen Prozeß im Sinne Sauers gehören und deren Vorhandensein bereits vor der Einleitung des Verfahrens feststehen muß, für den Zivilprozeß herausgearbeitet.

§ 7. Die Gerichtsgewalt

I. Die Justizfähigkeit in Zivilsachen

Damit es zu einem Zivilprozeß kommen kann, muß zunächst eine vom Staat dazu berufene Einrichtung, das Gericht, vorhanden sein. Denn die "richterliche" oder auch "rechtsprechende" Gewalt (Art. 92 GG) wird nach § 1 GVG durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfenen Gerichte ausgeübt ¹⁾.

Zur Durchführung eines Zivilprozesses genügt aber nicht irgendeine zur Ausübung der gerichtlichen Gewalt berufene Einrichtung, vielmehr ist die Existenz eines Gerichtes notwendig, das die "Justizfähigkeit für Zivilsachen" ²⁾ besitzt, d.h. ein Gericht, das ein Verfahren nach der Zivilprozeßordnung einleiten und durchführen kann ³⁾. Es ist also Prozeßbedingung, daß ein deutsches Prozeßgericht existiert, das mit der Verhandlung und Entscheidung von zivilistischen Streitigkeiten befaßt ist, ein Zivilrichter oder ein Zivilkollegialgericht ⁴⁾.

1) vgl. dazu BVerwG, ZZP 67, 55.

2) Ein von Sauer, Grundlagen, S. 359, empfohlener Begriff.

3) Vor einem Gericht für Strafsachen könnte kein Zivilverfahren eingeleitet und durchgeführt werden, vgl. dazu Rosenberg, § 73 IV 2a.

4) Lent, S. 86, der ausführt, daß die ordnungsmäßige Besetzung des Gerichts und das Unterbleiben der Mitwirkung eines ausgeschlossenen oder mit Erfolg abgelehnten Richters nicht zu den Prozeßvoraussetzungen gehört, ist zuzustimmen. Denn bei Vorliegen dieser Mängel hat jede richterliche Entscheidung, auch eine Prozeßabweisung zu unterbleiben. A.M. bezüglich des ausgeschlossenen Richters, Sauer, Grundlagen, S. 361. Auf diese Meinungsverschiedenheiten wird aber im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter eingegangen, da das gestellte Thema von der Existenz ordentlich besetzter Gerichte ausgeht.

Dagegen ist nicht Prozeßbedingung, daß nur ein zuständiges Zivilgericht das beantragte Verfahren einleitet, und zwar nur in einer Sache, für die der ordentliche Rechtsweg zulässig ist. Denn die Zulässigkeit des Rechtswegs und die Zuständigkeit des Gerichts sollen und können gerade erst in einem bereits anhängigen Verfahren festgestellt werden. So kann einer beim Amtsgericht erhobenen Ehescheidungsklage die Einleitung eines ordentlichen Verfahrens nicht wegen sachlicher Unzuständigkeit verweigert werden, obwohl dieser Mangel von vornherein feststeht. Das ergibt sich schon aus der Existenz des § 276 ZPO, der davon ausgeht, daß auch vor einem sachlich unzuständigen Gericht ein Urteilsverfahren anhängig wird. In gleicher Weise kann aber auch nicht eine Klage, die beim Oberlandesgericht eingeht, deshalb zurückgewiesen werden, weil dieses Gericht kein erstinstanzliches ist oder eine Klage vor diesem Gericht überhaupt nicht statthaft wäre, wie Nikisch ¹⁾ und Lent ²⁾ meinen. Denn auch vor einem Oberlandesgericht ist die Einleitung eines Prozesses nicht schlechthin ausgeschlossen. Gem. § 584 Abs. I ZPO kann nämlich sogar beim Revisionsgericht durch Klage ein Wiederaufnahmeverfahren eingeleitet werden. Wenn die Wiederaufnahmeklage auch die Wirkung eines Rechtsmittels hat, so wird doch durch sie ein neuer Prozeß eingeleitet ³⁾. Es mag sein, daß eine erstinstanzliche Klage, die beim Oberlandesgericht eingeht, aus einem anderen Grunde zurückgewiesen werden muß, worauf später eingegangen wird, jedenfalls ist dies nicht aus dem Gesichtspunkt der Unzuständigkeit möglich. Örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit sind echte Sachurteilsvoraussetzungen und nicht Bedingungen für die Einleitung eines Zivilprozesses überhaupt. Denn jedes ordentliche Zivilgericht hat die volle Gerichtsgewalt über alle bürger-

1) Nikisch, S. 167.

2) Lent, S. 108.

3) Baumbach-Lauterbach, Grdz. zu § 578 1) A und B;
richtig gesehen von Wieczorek, § 216 B II a 1.

lichen Streitigkeiten i.S. des § 13 GVG ¹⁾).

Prozeßbedingung ist somit bezüglich des angerufenen Gerichts zunächst lediglich, daß es sich um ein Zivilgericht handelt, das mit der Einleitung und Durchführung eines zivilprozessualen Verfahrens befaßt ist.

II. Die Gerichtsbarkeit

1. Die Gerichtsbarkeit als selbständiges Prozeßelement

Mit der Prüfung der Zulässigkeit des Rechtswegs, sowie der sachlichen, örtlichen und funktionellen Zuständigkeit kann sich das Gericht immer begnügen, wenn es sich - wie in den meisten Fällen - um einen Rechtsstreit zwischen Inländern über inländische Ansprüche handelt. Ist jedoch an dem Prozeß eine Partei beteiligt, die im Ausland wohnt oder wird ein Ausländer bzw. ein ausländischer Staat verklagt oder weist das Streitobjekt auf das Ausland hin, so taucht die Frage auf, ob überhaupt einem deutschen Gericht eine Entscheidungsgewalt und -pflicht zusteht.

Diese Frage wird in der Rechtslehre häufig kurz die nach der "deutschen Gerichtsbarkeit" genannt. Unter dieser Terminologie sind aber zwei ganz verschiedene Begriffe verborgen, nämlich die Frage nach der internationalen Zuständigkeit und die Frage nach der eigentlichen Gerichtsbarkeit, der *facultas iurisdictionis*. Die oberflächliche Bezeichnung führt immer wieder zu Mißverständnissen und zu einer flaschen Einordnung der beiden Prozeßfragen. So spricht das Reichsgericht in einigen Entscheidungen unbedenklich von der "Gerichtsbarkeit" ²⁾, wo es sich zweifellos um Fragen der internationalen Zuständigkeit handelt. Die scharfe Trennung dieser Begriffe ist aber erforderlich, da die beiden Prozeßelemente nichts miteinander zu tun

1) Rosenberg, § 73 IV 2a.

2) z.B. RGZ 126, 199; 150, 268.

haben und einer ganz verschiedenen prozessualen Wertung unterliegen ¹⁾.

Die sog. internationale Zuständigkeit ist vorhanden, wenn sich nach der Zivilprozeßordnung die Zuständigkeit irgendeines deutschen Gerichts zur Entscheidung über die Streitsache ergibt. Es handelt sich also um die Frage, ob ein deutsches oder ein ausländisches Gericht für die Prozeßführung und Entscheidung anzurufen ist. Die Prüfung der internationalen Zuständigkeit ist gegenüber der örtlichen und sachlichen eine umfassendere und es erscheint daher nicht richtig, wenn sie einfach mit der örtlichen Zuständigkeit gleichgestellt wird ²⁾. Vielmehr muß sie, wie Pagenstecher ³⁾ herausstellt, als selbständige Prozeßvoraussetzung behandelt werden. Sie bleibt aber immer eine Frage der Zuständigkeit und deshalb besteht auch in der Rechtslehre Einigkeit darüber, daß sie wie die anderen Zuständigkeiten erst nach der Rechtshängigkeit der Streitsache in der mündlichen Verhandlung geprüft wird und bei ihrem Fehlen ein Prozeßurteil ergeht.

Demgegenüber ist aber die Gerichtsbarkeit etwas ganz anderes. Sie ist die Beantwortung der Frage, ob eine Partei der deutschen Rechtsprechungsgewalt überhaupt unterworfen ist, ohne Rücksicht auf die Zuständigkeit eines einzelnen Prozeßgerichts. Die herrschende Meinung geht

1) vgl. hierzu besonders Pagenstecher, Max, Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit als selbständige Prozeßvoraussetzungen, ZAuslIntPrR 1937, S. 342 ff.; Kallmann, Francois, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile und gerichtlicher Vergleiche, Basel 1946, S. 23 ff.; Riezler, Erwin, Internationales Zivilprozeßrecht und prozessuales Fremdenrecht, Tübingen 1949, S. 201 ff.; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 12 III 4. - a.M. Neuner, Robert, Internationale Zuständigkeit, Beiträge zum Zivilprozeß, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1929, 6. Heft, S. 1, 45 und bes. Anm. 189a.

2) Rosenberg, § 15 II; Nikisch, S. 51.

3) Pagenstecher, aaO, ZAuslIntPrR 37, S. 358 ff.

heute auch dahin, daß die Gerichtsbarkeit i.S. der Gerichtsunterworfenheit weder mit der Zuständigkeit, noch mit der Zulässigkeit des Rechtswegs etwas zu tun hat ¹⁾. Pagenstecher will das Verhältnis zwischen Gerichtsbarkeit und Zuständigkeit entsprechend behandelt wissen, wie das Verhältnis zwischen Zuständigkeit und Zulässigkeit des Rechtswegs und stellt deshalb die Gerichtsbarkeit als besondere und selbständige Sachurteilsvoraussetzung heraus ²⁾.

Gegen die fast allgemeine Lehre und Rechtsprechung, die die Gerichtsbarkeit als Sachurteilsvoraussetzung behandelt, lassen sich aber ernsthafte Bedenken vorbringen. Man ist sich auch in der Behandlung der Gerichtsbarkeit als zwar selbständiger, aber doch gewöhnlicher Sachurteilsvoraussetzung nicht ganz sicher. So rechnet Wurzer ³⁾ die Gerichtsbarkeit zu den "Prozeßvoraussetzungen", die nach seiner Ansicht "überhaupt keinerlei Prozeßverfahren entstehen lassen, sondern einen Nichtprozeß". Das Reichsgericht spricht von der Gerichtsbarkeit als der "staatsrechtlichen Vorbedingung" ⁴⁾, Eberhard Schmidt von einer "Grund-Prozeßvoraussetzung" und hält es nicht für ausgeschlossen, daß bei der Behandlung der Gerichtsbarkeit et-

1) RG in JW 38, 2291: "Die Gerichtsbarkeit (facultas iurisdictionis) ist eine selbständige Prozeßvoraussetzung. Ist sie nicht vorhanden, so ist die Klage wegen Fehlens dieser Prozeßvoraussetzung und nicht etwa wegen Mangels der sachlichen oder der internationalen Zuständigkeit abzuweisen." vgl. auch BGHZ 10, 354; Riezler, aaO, S. 203 und bes. S. 358; Pagenstecher, aaO, S. 352; ders. in JW 38, 2293 ff.; Rosenberg, § 16 II 1a; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 12 III 4; Baumbach-Lauterbach, Einführung zu §§ 18 bis 21 GVG, Anm. A; unklar: OLG Kassel, DRZ 48, 310: "Die Befugnis, Gerichtsbarkeit auszuüben, ist eine der Zulässigkeit des Rechtswegs ähnliche Prozeßvoraussetzung." anders: RG in NJW 31, 150 Nr. 6, wo festgestellt wird, daß die Exemption die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts betreffe.

2) Pagenstecher, aaO, S. 352.

3) Wurzer, aaO, GruchBeitr. 64, 45.

4) RGSt 34, 256; ähnlich RGSt 27, 144.

was anderes gelten müsse, als bei den sonstigen "Prozeßvoraussetzungen", da es sich eben hier um eine "Prozeßvoraussetzung" von ganz besonderer Eigenart handle ¹⁾. Jaeger schließlich ist der Auffassung, daß die Gerichtsbarkeit gar nicht zu den Sachurteilsvoraussetzungen gehöre ²⁾.

Aus dieser Unsicherheit ergibt sich jedenfalls, daß die Gerichtsbarkeit als Prozeßelement eine besondere Stellung einnimmt und deshalb innerhalb der Fragestellung, welches die Bedingungen für das Zustandekommen eines Zivilprozesses überhaupt sind, einer gesonderten Untersuchung bedarf.

2. Inhalt und Umfang der Exemtionen

Grundsätzlich unterliegen alle Personen, ob In- oder Ausländer, die sich im Gebiete eines Staates befinden, der Hoheit und Gerichtsgewalt dieses Staates. Inwieweit nun auch ausländische Staaten und ihre diplomatischen Vertretungen der inländischen Zivilgerichtsbarkeit unterworfen sind, ist eine Frage, die im Rahmen des internationalen Zivilprozeßrechts nach völkerrechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden ist.

Im deutschen Prozeßrecht hat die im Völkerrecht durch die Staatenpraxis gewohnheitsrechtlich anerkannte Befreiung von der Gerichtsbarkeit ³⁾ in den §§ 18 mit 21 GVG ihren

-
- 1) Schmidt, E., Lehrkommentar, S. 70, Anm. 112 und S. 71 Fußnote 124; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, VC vor § 1, bezeichnen die Gerichtsunterworfenheit als eine "Prozeßwirksamkeitsvoraussetzung".
 - 2) Jaeger, aaO, ZJP 40, 125: "Hat die angerufene Stelle gar keine Gerichtsbarkeit, so ist sie auch außerstande, die Prüfung der Zulässigkeitsvorfrage in maßgebender Weise zu erledigen. Darum steht die Gerichtsbarkeit selbst nicht etwa auf einer Stufe mit der Zuständigkeit des Gerichts."
 - 3) vgl. zum diesbezgl. völkerrechtlichen Gewohnheitsrecht, Riezler, aaO, S. 355 ff. und die dort zitierte Literatur.

Niederschlag gefunden. Sinn der Exemtionen ist die Wahrung der Souveränität eines ausländischen Staates und das gegenseitige Interesse der Staaten, außenpolitische Verwicklungen, die durch die gerichtliche Inanspruchnahme ihrer Vertreter und die unter Umständen anknüpfende Kritik der Rechtsprechung entstehen könnten, zu vermeiden. Diese Tendenz ist für die Behandlung der Exemtionen maßgebend und soweit die inländischen Gesetze keine näheren Bestimmungen enthalten, müssen diese Lücken nach dem Völkergewohnheitsrecht ausgelegt und ergänzt werden ¹⁾.

Nach § 18 und § 19 GVG erstreckt sich die deutsche Gerichtsbarkeit nicht auf die Mitglieder der bei der Bundesrepublik beglaubigten Vertretungen, sowie auf Personen, die nach den allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts oder nach einem Staatsvertrag von der deutschen Gerichtsbarkeit befreit sind, auf die Familienmitglieder dieser Gruppen und ihre Bediensteten, soweit sie nicht Deutsche sind. Es ist nicht Aufgabe dieser Arbeit darzulegen, welche Personen nun im einzelnen darunter fallen ²⁾, vielmehr gilt es den Umfang der Exemtion festzustellen. Es muß die Frage beantwortet werden, ob ausländische Staaten und die exemten Personen ³⁾ in keinem Fall in einem Zivilprozeß verklagt werden können oder nur wenn sie hohheitlich tätig geworden sind.

Daß ausländische Staaten und ihre Vertreter exempt sind,

-
- 1) Auch in der Bundesrepublik Deutschland sind die allgemeinen Regeln des Völkerrechts gemäß Art. 25 GG Bestandteil des Bundesrechts und binden nicht nur den Staat, sondern auch dessen Gerichte unmittelbar.
 - 2) vgl. dazu Verdross, Alfred, Völkerrecht, 3. Aufl., Wien 1955, S. 288 ff. und bes. 259; Pinder, Die Gerichtsfreien im deutschen Zivilprozeßrecht, Niemeyers Zeitschrift für intern. Recht, Bd. 52 (1937), S. 197 ff.
 - 3) Diese Personen als "Exterritoriale" zu bezeichnen, erscheint nicht richtig, da sie sich ja gerade nicht "extra territorium" befinden und der Staat auch keine derartige Fiktion aufstellt. Wir sprechen deshalb bei mangelnder Gerichtsunterworfenheit, sei es ausländischer Staaten oder bestimmter Personen von "Exemtion".

soweit sie auf hoheitlichem Gebiet tätig werden, ist völkerrechtlich allgemein anerkanntes Wohnheitsrecht ¹⁾. Von der in § 20 GVG ausdrücklich geregelten Ausnahme, daß die Gerichtsfreien in Rechtsstreitigkeiten über die dingliche Rechtslage inländischer Grundstücke der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegen, abgesehen, ist in der Literatur und Rechtsprechung nur streitig, ob ausländische Staaten und die in den §§ 18, 19 GVG genannten Personen auch dann nicht der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfen sind, wenn sie sich privatrechtlich betätigt haben. Darüber herrscht in den einzelnen Staaten eine unterschiedliche Praxis ²⁾.

Während die deutschen Zivilgerichte die Exemption ausländischer Staaten in der früheren Rechtsprechung auch anerkannt haben, wenn diese privatrechtlich aufgetreten sind ³⁾, hat sich die moderne Rechtsprechung immer mehr auf den Standpunkt gestellt, daß ausländische Staaten, soweit sie privatrechtlich tätig werden, der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegen ⁴⁾. Dieser heute auch in der Literatur herrschenden Ansicht ist voll beizutreten. Denn es ist nicht einzusehen, warum ein fremder Staat, der sich im Inland wirtschaftlich betätigt, für seine Schulden nicht in Anspruch genommen werden und warum der inländische Staat seinen eigenen Angehörigen den Rechtsschutz verweigern sollte. Tritt der ausländische Staat privatrechtlich auf, so wird dadurch seine Souveränität nicht angetastet, wenn er wegen einer solchen privatrechtlichen

1) Statt vieler Riezler, aaO, S. 396.

2) vgl. für die Schweiz Guldener, Max, Das internationale und interkantonale Zivilprozeßrecht der Schweiz, Zürich 1951, S. 4; für Österreich, Frankreich, Italien und Belgien vgl. Riezler, aaO, S. 387 ff. sowie Rosenberg, § 16 I 2.

3) RGZ 62, 165; 103, 274; PreußKompKonflGerH in ZZP 54, 319; Zöllner, § 18 GVG 2a.

4) LG Kiel, JZ 54, 117 mit eingehender Anmerkung von Aubin; OLG Hamm, NJW/RzW 51, 258; LG Berlin, NJW/RzW 53, 368; LArbG München in Arbeitsr.Prax. 1951 Nr. 11; HansOLG Hamburg, MDR 53, 109.

Verpflichtung in Anspruch genommen wird ¹⁾. Auf diesem Standpunkt stehen auch die meisten ausländischen Staaten ²⁾.

Demgegenüber erstreckt sich die Exemption der in den §§ 18, 19 GVG aufgezählten Personen auch auf alle ihre Privathandlungen, soweit sie nur mit ihrer beruflichen Stellung im Zusammenhang stehen. Diese Feststellung bedeutet keinen Widerspruch zu dem, was wir über die Behandlung der ausländischen Staaten ausgeführt haben. Denn zwischen den beiden Fällen besteht ein tatsächlicher und rechtlicher Unterschied. Der ausländische Diplomat und seine Familienangehörigen, die sich im Inland aufhalten, sind genötigt, zur Deckung ihres Lebensbedarfs auch private Geschäfte abzuschließen, was für die privatrechtliche Betätigung eines fremden Staates im Inland nicht zutrifft. Wollte der Gesetzgeber die privatrechtliche Betätigung nicht unter die Exemption fallen lassen, so wären die Bestimmungen der §§ 18, 19 GVG praktisch überflüssig. Denn soweit die diplomatischen Vertreter Amtshandlungen vornehmen - was für die Familienangehörigen und Bediensteten sowieso nicht infrage kommt - werden diese, ebenso wie die Amtshandlungen anderer Organe fremder Staaten nicht den Amtsträgern, sondern den Absendestaaten zugerechnet ³⁾. Die besonderen Exemptionen der §§ 18 und 19 GVG haben deshalb nur einen Sinn, wenn sie sich auch auf die Privathandlungen der Eximierten erstrecken. Allerdings müssen wir die Einschränkung machen, daß die Privathandlungen mit dem Beruf zusammenhängen müssen. Soweit sich

1) So auch Baumbach-Lauterbach, § 18 GVG, Anm. 1); Rosenberg, § 16 I 2; Schönke-Schröder-Niese, § 15 I 3; Heymann, Ernst, Zur Frage der Gerichtsbarkeit über fremde Staaten, ArchZivPrax 121, 149; Schwenk, Edmund, Ausschuß fremder Staaten von der Gerichtsbarkeit, NJW 54, 1596.

2) vgl. die unter Anm. 2) S. 41 dieser Abhandlung angegebene Literatur.

3) Verdross, aaO, S. 260. - a.M. Kann, Richard, Ausländer als Prozeßparteien, Festschrift für Ernst Heinitz, Berlin 1926, S. 318.

die Eximierten nebenberuflich betätigen, z.B. ein Handelsgewerbe betreiben ¹⁾, kommen die für die Exemption maßgebenden Gesichtspunkte nicht in Betracht und es ist nur billig, daß sie dann wie jeder andere Privatmann und wie ein ausländischer Staat, der sich im Inland privatrechtlich betätigt, behandelt werden ²⁾.

Zusammenfassend läßt sich somit feststellen, daß sich das Problem bezüglich der Befreiung von der deutschen Gerichtsbarkeit nur auf ausländische Staaten erstreckt, soweit sie hoheitlich tätig werden, sowie auf die in den §§ 18, 19 GVG aufgeführten Personen und Personengruppen, soweit sie nicht eine für die völkerrechtliche Anerkennung der Exemption sachfremde Nebenbeschäftigung ausüben. Die folgende Untersuchung, ob eine Partei, die nicht der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfen ist, durch eine Klage in einem Zivilprozeß belangt werden kann, bezieht sich deshalb nur auf diese Fälle.

Mit der Gerichtsunterworfenheit des Klägers brauchen wir uns hier nicht zu befassen. Denn es ist allgemein anerkannt, daß auch ein Gerichtsbefreiter vor einem deutschen Gericht klagen kann. Tritt deshalb ein Eximierter als Kläger auf, so ist immer ein ordentliches Urteilsverfahren einzuleiten ³⁾. Es steht somit hier nur die Gerichtsbarkeit i.S. der Gerichtsunterworfenheit des Beklagten zur Diskussion.

-
- 1) Ein solcher Nebenberuf ist aber mit der Stellung eines Diplomaten nicht vereinbar und wird deshalb kaum aktuell.
 - 2) Ebenso Riezler, aaO, S. 371; Schönke-Schröder-Niese, § 15 II; Guldener, aaO, S. 3 für das schweizerische Zivilprozeßrecht.
 - 3) Lent, S. 14; Baumbach-Lauterbach, Einführung zu §§ 18 bis 21 GVG, Anm. C); Rosenberg, § 16 II 1a; Zöllner, § 18 GVG 1); Schönke-Schröder-Niese, § 15 II.

3. Die Behandlung des Mangels der Gerichtsbarkeit

Wir haben festgestellt, daß die Gerichtsbarkeit nicht wie irgendeine Sachurteilsvoraussetzung behandelt werden kann, sondern einer eigenen prozessualen Betrachtung unterzogen werden muß. Sie ist weder in § 274 ZPO erwähnt, noch wird ihr Mangel unter den Gründen der Wiederaufnahme des Verfahrens aufgeführt. Die herrschende Meinung zieht daraus den Schluß, daß das Fehlen der Gerichtsbarkeit einen so schwerwiegenden Mangel darstellt, daß ein Urteil gegen einen Eximierten von vornherein unwirksam ist ¹⁾. Eberhard Schmidt stellt das Fehlen der Gerichtsbarkeit "als das schwerwiegendste Verfahrenshindernis heraus, das sich denken läßt". Nach seiner zu billigenden Ansicht ist sie die "staatsrechtliche Vorbedingung" für die Möglichkeit eines Verfahrens überhaupt, denn das Gericht kann in einer Sache nur tätig werden, wenn diese "von Rechts wegen dem gerichtsbaren Machtbereich des Staates in seiner Eigenschaft als Justizkörper unterworfen ist".

Zwar ist die Gerichtsbarkeit kein so wesentliches Merkmal eines Prozesses, wie etwa die Existenz eines Gerichts, bei dessen Fehlen das Zustandekommen eines Prozesses im Rechtssinne gar nicht denkbar wäre, aber sie ist eine echte Prozeßbedingung in dem von uns behandelten Sinn. Bei ihrem Mangel ist nicht nur eine Verhandlung und Entscheidung zur Sache unzulässig, sondern die Einleitung eines Prozesses überhaupt. Es ist ja der Inhalt der Gerichtsfreiheit, daß der Eximierte nicht dem deutschen Gerichtszwang unterliegt und deshalb auch nicht durch gerichtliche Akte belastigt und in seiner Sonderstellung beeinträchtigt werden soll. Deshalb ist es nur konsequent, wenn Eberhard Schmidt meint, daß jegliche verfahrensrechtliche Maßnahme gegen einen Eximierten unzulässig und notwendig ohne jede

1) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Vorbem. I vor § 578 und § 216 II 3; Rosenberg, § 16 II 1a und § 73 IV 2a; Lent, S. 14.

Wirkung sein muß¹⁾. Rosenberg, der allerdings die Gerichtsbarkeit zu den gewöhnlichen Sachurteilsvoraussetzungen rechnet, kommt dadurch zu dem gleichen Ergebnis, daß er sie als Wirksamkeitsvoraussetzung aller gerichtlichen Handlungen, die gegen eine Partei vorgenommen werden, darstellt²⁾. U.E. ist aber die Gerichtsbarkeit nicht nur eine Prozeßhandlungsvoraussetzung für alle gerichtlichen Handlungen, sondern eine echte Prozeßbedingung, bei deren Fehlen die Einleitung eines Prozesses nicht möglich ist³⁾. Jede hoheitliche Handlung, die geeignet ist, den Eximierten der gerichtlichen Zwangsgewalt zu unterwerfen, muß unwirksam, aber auch verboten sein, um den völkerrechtlich anerkannten Sinn der Exemption zu gewährleisten. Schon jede richterliche Mitwirkung zur Einleitung eines Verfahrens gegen einen Eximierten ist deshalb zu versagen. So steht die heute wohl herrschende Meinung zu Recht auf dem Standpunkt, daß einer Klage, die einen Zivilprozeß gegen einen Eximierten anstrebt, die "Anberaumung eines Verhandlungstermins", d.h. die Durchführung eines ordentlichen Urteilsverfahrens, zu verweigern ist⁴⁾.

Allerdings ist das vielfach zur Begründung vorgebrachte Argument, daß der Eximierte im Falle der Durchführung des Urteilsverfahrens gezwungen sei, in der mündlichen Verhandlung aufzutreten oder sich vertreten zu lassen, um Rechtsnachteile zu vermeiden, vor allen Dingen ein gegen ihn mögliches Versäumnisurteil abzuwenden⁵⁾, u.E. nicht stichhaltig. Denn ein Versäumnisurteil darf, wie Riezler⁶⁾

1) Schmidt, E., Lehrkommentar, S. 70.

2) Rosenberg, § 16 II 1a; ebenso HansOLG Hamburg MDR 53, 109.

3) So offenbar auch Stein-Jonas-Schönke-Pohle V C vor § 1.

4) Baumbach-Lauterbach, § 216 2); Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 216 II 3; Rosenberg, § 16 II 1a; Nikisch, S. 167; Lent, S. 85; Schönke-Schröder-Niese, § 46 I 1; Goldschmidt, Lehrbuch, S. 172; Hoche, S. 19; Hellwig, System, S. 300; Weizsäcker, aaO, ZZP 27, 28; Eccius, aaO, GruchBeitr. 29, 20. - Ebenso: HansOLG Hamburg MDR 53, 109; LG Kiel, NJW 53, 1718; KG Berlin, SeuffArch 50 Nr. 49.

5) z.B. HansOLG Hamburg MDR 53, 109; Wurzer, aaO, GruchBeitr. 64, 45 ff.

6) Riezler, aaO, S. 361.

richtig herausstellt, gegen einen Eximierten nicht ergehen: Der Richter muß von Amts wegen den Mangel der Gerichtsbarkeit prüfen und berücksichtigen. Er kann sich nicht auf das Vorbringen der Parteien beschränken, sondern muß von sich aus klären, ob der Prozeßgegner seiner Gerichtsbarkeit unterworfen ist oder nicht ¹⁾. Ein vom Kläger beantragtes Versäumnisurteil gegen den Eximierten darf deshalb nicht erlassen werden. Übersieht aber der Richter die Gerichtsbefreiung des Beklagten und erläßt ein solches, so wird durch dieses Urteil die rechtliche Stellung des Eximierten nicht beeinträchtigt, da es ja von vornherein wirkungslos ist. Die Verweigerung der Klagezustellung an einen Eximierten ist deshalb u.E. nur damit zu begründen, daß die Gerichtsbarkeit nicht als Sachurteilsvoraussetzung, sondern als Prozeßbedingung einzustufen ist. Fehlt sie, so kann überhaupt kein Verfahren eingeleitet werden, deshalb auch kein Versäumnisurteil ergehen.

Die Gegner der von uns vertretenen Meinung bringen vor, daß eine Zulassung der Klage gegen den Eximierten deshalb nicht verweigert werden dürfe, weil dieser sich der deutschen Gerichtsbarkeit unterwerfen könne ²⁾. Aber damit würde die Ausnahme zur Regel gemacht. Denn Sinn der Exemption ist es, daß der Eximierte sich nicht einzulassen braucht und in den allermeistern Fällen auch von diesem Recht Gebrauch machen wird. Solange er sich aber der Gerichtsbarkeit nicht unterworfen hat, ist die Zustellung der Klageschrift, die mit der gerichtlichen Ladung zum mündlichen Verhandlungstermin versehen ist, ein unzuläs-

1) Nach Rosenberg, § 63 III 1, gilt für die Ermittlung der Exemption die Untersuchungsmaxime; ebenso Weber, H.v., Die Prüfung von Amts wegen, ZJP 57, 95; wohl auch Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 216 II 3.

2) So Wieczorek, § 216 B II a; Kann, JW 1910, 176; Schultzenstein, ZJP 23, 93; Aubin, Bernhard, Anm. zu einem Beschl. des LG Kiel, JZ 54, S. 120, bes. Anm. 19; Riezler, aaO, S. 320.

siger Hoheitsakt gegen ihn. Die Klage kann gegen ihn erst erhoben werden, wenn feststeht, daß sich der Eximierter der Gerichtsbarkeit unterwirft und dies durch eine einseitige, unwiderrufliche und formlose Erklärung dem Gericht oder dem Kläger gegenüber mitgeteilt hat ¹⁾.

Schließlich wird vorgebracht, daß man den Mangel der Gerichtsbarkeit in vielen Fällen erst auf Grund einer mündlichen Verhandlung klären könne ²⁾. Aber einmal kann der Richter von sich aus die Ermittlung betreiben und ihm stehen auch schon vor der Terminsanberaumung - was noch näher auszuführen sein wird - die Möglichkeiten des § 272 b ZPO zur Verfügung. Zum anderen wird der Eximierter regelmäßig nicht vor den Schranken des Gerichts erscheinen oder sich vertreten lassen, so daß dadurch keine schnellere Aufklärung zu erwarten ist. Vielmehr wird es immer Sache des Gerichts sein, selbständig zu ermitteln, ob subjektiv und objektiv ein Fall der Exemption vorliegt. Die umständliche Ladung des möglicherweise Eximierten ³⁾ kann dabei erspart und zweckmäßigerweise durch die Einholung einer Auskunft des Ministeriums für Auswärtige Angelegenheiten geklärt werden.

Bezeichnend für die mangelnde Fundierung der Gegenmeinung ist es, daß sie zur Bekräftigung ihrer Ansicht fast durchweg Entscheidungen zitiert, in denen gegen einen "Eximierten" Termin anberaumt und die Klage zugestellt wurde, während in diesen Fällen objektiv gar kein Fall der Exemption vorliegt ⁴⁾. Denn soweit sich ein fremder Staat im Inland wirtschaftlich betätigt, ist er - wie festgestellt - sehr wohl der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfen.

In der konsequenten Durchführung unserer Ansicht, daß beim Fehlen der Gerichtsbarkeit die Einleitung eines Urteils-

1) Rosenberg, § 16 II c; Wurzer, aaO, GruchBeitr. 64, 45.

2) Aubin, aaO, S. 120; Walsmann-Seuffert, § 216; Riezler, aaO, S. 360.

3) vgl. bezügl. der Zustellung an Gerichtsbefreite Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 200 II; Riezler, aaO, S. 384.

4) z.B. KG in ZZP 51, 280; OLG Braunschweig, JR 54, 263.

verfahrens nicht stattfinden darf, weil die Gerichtsbarkeit eine Prozeßbedingung darstellt, kommen wir allerdings im Gegensatz zu der herrschenden Meinung ¹⁾ zu der Auffassung, daß auch dann, wenn die Feststellung des Mangels der Gerichtsbarkeit erst im Laufe der mündlichen Verhandlung erfolgt, kein Prozeßurteil ergehen, sondern nur durch Beschluß festgestellt werden kann, daß ein ordentliches Urteilsverfahren gar nicht anhängig ist. Nach herrschender Meinung ist für die Feststellung der Gerichtsbarkeit ein Zwischenurteil gemäß § 303 ZPO zulässig ²⁾. Die Vertreter dieser Ansicht kommen aber dann in Schwierigkeiten, weil nach dem Wortlaut des § 303 ZPO diese Entscheidung nicht selbständig mit einem Rechtsmittel anfechtbar ist und wenden ohne weitere dogmatische Begründung die Bestimmungen der §§ 304 Abs. II oder 275 Abs. II ZPO analog an, um die Möglichkeit einer selbständigen Anfechtung zu eröffnen. Wie Riezler jedoch richtig feststellt, tritt beim Fehlen der Gerichtsbarkeit gar keine Rechtshängigkeit ein und die ganze Verhandlung und das ergangene Urteil sind wirkungslos ³⁾. Nun kann aber nur ein durch eine rechtshängige Klage eröffneter Prozeß durch Urteil abgeschlossen werden. Wird deshalb der Mangel der Gerichtsbarkeit erst im Laufe der mündlichen Verhandlung erkannt, so bleibt nur die Möglichkeit, durch Beschluß festzustellen, daß ein ordentliches Verfahren gar nicht anhängig ist und dem Gericht keine Entschei-

1) Statt vieler Lent. S. 14.

2) Rosenberg, § 16 II 1a; Riezler, aaO, S. 361; Pagenstecher, aaO, S. 339 ff.; RGZ 157, 394.

3) Riezler, aaO, S. 361; vgl. dazu AHKG 13, Art. 4: "Verfahren und Entscheidungen deutscher Gerichte in Angelegenheiten, die ihrer Zuständigkeit entzogen sind (gemeint ist: für die ihnen die Gerichtsbarkeit fehlt!), sind nichtig."

dungsgewalt zusteht ¹⁾.

§ 8. Die Existenz der Parteien

I. Das Zweiparteiensystem

An jedem Zivilprozeßverfahren müssen regelmäßig - mit Ausnahme des Entmündigungs- und Aufgebotsverfahrens - zwei Parteien beteiligt sein. Das ist im Gesetz nicht expressis verbis ausgesprochen, wird aber als selbstverständlich angenommen ²⁾. Denn das Erkenntnisverfahren ist ein durch die Vorschriften der Zivilprozeßordnung geregeltes förmliches Verfahren, in dem Parteien eine Rechtssache von einer richterlichen Behörde zwecks Feststellung eines Anspruchs austragen. Die urteilsmäßige Feststellung des von der Klage behaupteten oder verneinten Rechts setzt notwendig zwei Parteien voraus. Dabei ist die Existenz des Beklagten genauso wichtig, wie die des Klägers. Keineswegs ist die ursprünglich von Süß vertretene Meinung zu halten, daß zum Zustandekommen eines "gültigen" Formalprozesses nur der Mindesttatbestand von Einreichung der Klage und Terminsbestimmung notwendig sei, die Existenz

1) Völlig korrekt der Beschluß des OLG Braunschweig vom 26.2.1947, MDR 47, 37: Das LG Braunschweig hatte in einer Strafsache, die nicht der deutschen Gerichtsbarkeit unterlag, freigesprochen. Das OLG betrachtete diese Entscheidung als "nichtig" und stellt fest, daß der eigene Beschluß, in dem diese Nichtigkeit festgestellt wird, nicht Ausübung von Gerichtsbarkeit in der betreffenden Sache bedeute, "vielmehr nur eine Klarstellung dessen, was auch ohne solche Entscheidung rechtens ist, nämlich den deklaratorischen Ausspruch, daß in Ermangelung deutscher Gerichtsbarkeit die deutschen Gerichte in dieser Sache nicht tätig werden können."

2) Statt vieler Rosenberg, § 39 III.

des Beklagten aber nicht unbedingt ¹⁾. Süß hat auch diese Meinung in der Besprechung einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Stettin revidiert ²⁾, so daß wir auf sie nicht weiter einzugehen brauchen. Sicher ist, daß das Verhältnis Gericht - Kläger nicht ausreicht für einen Prozeß, auch nicht für einen Formalprozeß. Für den Zivilprozeß sind vielmehr Kläger und Beklagter erforderlich. Wie sollte eine Klage eingereicht werden, wenn kein Kläger existiert, wie ein Prozeß durch Zustellung der Klage eröffnet werden, wenn kein Beklagter vorhanden ist?

Es ist zwar durchaus möglich, daß ein Verfahren zustande kommt, das einem normalen Prozeß mit zwei Parteien gleicht, obwohl nur eine oder gar keine existiert, wenn nämlich ein vollmachtloser Vertreter eine Klage einreicht oder ihm eine Klage zugestellt wird. Aber in diesen Fällen tritt der vollmachtlose Vertreter nicht an die Stelle der Partei, er wird nicht Partei. Zu Recht glaubt die herrschende Meinung, aus der möglichen nachträglichen Genehmigung der Prozeßführung durch den Vertretenen nach § 89 Abs. II ZPO entnehmen zu können, daß der Vertreter auch dann nicht Partei ist, wenn die Genehmigung nicht erfolgt ³⁾. Wer ist aber dann Prozeßpartei? Kann über-

1) Süß, aaO, ZZZ 54, 10 ff.

Süß, aaO, ZZZ 54, 45 und Sauer, Prozeßrechtslehre, S. 216, sprechen beim Vorliegen der Prozeßbedingungen und Fehlen einer oder mehrerer Sachurteilsvoraussetzungen von einem "gültigen" Formalprozeß. Mit Rosenberg, § 89 I 4, ist aber der Ausdruck "Gültigkeit eines Prozesses" abzulehnen, da der Prozeß eine Folge ineinandergreifender Handlungen der Parteien und des Gerichts ist und nur diese Handlungen gültig oder ungültig sein können.

2) OLG Stettin, ZZZ 55, 274 mit Anm. von Süß, S. 278: "Ohne Zustellung der Klageschrift an den Beklagten besteht kein Prozeß und wenn kein Prozeß besteht, kann auch kein Urteil, egal welcher Art und welchen Inhalts, erlassen werden."

3) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 88 III 2b; Rosenberg, § 51 III 3; Baumbach-Lauterbach, § 88 2) B.

haupt ein Prozeß zustande kommen, wenn nicht zwei Parteien existieren? - Zur Beantwortung dieser Fragen ist genau zu prüfen, ob die Nichtexistenz einer Partei genauso behandelt werden kann, wie die mangelnde Parteifähigkeit, also als Sachurteilsvoraussetzung oder ob sie als Prozeßbedingung die Einleitung eines Verfahrens überhaupt hindert.

II. Die Unterscheidung der nicht parteifähigen und nicht existenten Partei

Wenn man der Meinung ist, daß eine nicht existierende Partei genauso behandelt werden muß, wie eine parteiunfähige, dann ist es müßig, hier eine genaue Unterscheidung zu treffen. Diese Ansicht wurde vor allem früher auch häufig vertreten ¹⁾. Ebenso hat sich die Rechtsprechung meist keine große Mühe gemacht, eine nicht vorhandene Partei und den Mangel der Parteifähigkeit auseinander zu halten ²⁾.

1) Eccius, aaO, GruchBeitr. 26, 1 ff., besonders S. 7: "Die Ladung, welche sich von einem der Parteifähigkeit Entbehrenden ausgehend darstellt, ist nicht die Ladung einer Partei und wenn der Geladene der Parteifähigkeit entbehrt, so ist er ein rechtlich undenkbarer Gegner des Ladenden. Deshalb keine Terminsbestimmung, wenn ein nicht rechtsfähiger Verein klagt ..."; Skedl, aaO, RheinZ 12, 355: "Es ist rechtlich irrelevant, ob die Person, welche angeblich als Partei auftritt, faktisch nicht existiert, oder was dem gleichwertig ist, ob sie nicht parteifähig ist." Desgl. Sauer, Grundlagen, S. 362; Hellmann, aaO, ZJP 27, 261 ff.; Wach, RheinZ 12, 347 ff.

2) z.B. RG in JW 37, 3323: "Da gegen eine nicht vorhandene Partei Klage erhoben ist, muß dieses fiktive Gebilde auch die Möglichkeit haben, im Prozeß den Mangel der Parteifähigkeit geltend zu machen." - In RGZ 170, 22 ff., heißt es, daß die Klage gegen eine nicht vorhandene Person gerichtet sei, somit die Frage entstehe, ob durch Sachurteil (!) zu entscheiden, oder das Verfahren wegen Mangels der Parteifähigkeit einzustellen oder für nichtig zu erklären sei. - Auch der BGH macht keinen Unterschied in der Behandlung. z.B. BGH in NJW 57, 989: "Eine Partei, deren Parteifähigkeit im Streite steht, ist zur Erledigung dieses Streites auf jeden Fall noch parteifähig. Ein gleiches gilt in dem Falle, daß der gegen eine nicht existente Partei geführte Rechtsstreit erledigt wird."

In der modernen Literatur wird jedoch die Wichtigkeit einer Unterscheidung allgemein herausgestellt ¹⁾. Man hat erkannt, daß es für den Parteibegriff lediglich auf das tatsächliche Vorhandensein einer Person, einer Personenvereinigung oder einer Vermögensmasse ankommt ²⁾. Nach dem herrschenden Parteibegriff spielen rechtliche Eigenschaften keine Rolle. "Wer" klagt, ist Kläger, "wer" verklagt wird, ist Beklagter ³⁾. Dagegen wird die Parteifähigkeit als die Fähigkeit definiert, Subjekt eines Prozeßverhältnisses zu sein. Zur Verdeutlichung des Inhalts dieses Begriffs findet man noch den Hinweis, daß die Parteifähigkeit das prozessuale Seitenstück der Rechtsfähigkeit des bürgerlichen Rechts sei ⁴⁾. Der Vergleich beider Definitionen ergibt, daß Partei, d.h. die Existenz eines Klägers und Beklagten, etwas anderes ist als die Parteifähigkeit. Auch ein parteiunfähiges Personen- oder Vermögensgebilde kann Partei sein, wie sich aus § 56 Abs. II ZPO beweisen läßt, wo der Parteiunfähige als Partei bezeichnet wird, beide Begriffe also nicht das gleiche bedeuten können.

Es ist heute allgemeine Lehre und gesicherte Rechtsprechung, daß es - entgegen der Ansicht der vorweg aufgeführten Autoren ⁵⁾ - auch Prozesse parteiunfähiger Gebilde gibt, und daß der Parteiunfähige zur Klärung seiner Parteifähigkeit einen Prozeß führen kann ⁶⁾. Die Partei-

1) Statt vieler Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 50 VII 2; Rosenberg, § 40 IV 1.

2) Lent, S. 33: "Partei ist, wer für sich Rechtsschutz vom Gericht begehrt oder gegen wen Rechtsschutz begehrt wird durch ein auf den Namen beider abgestelltes, für und gegen sie wirkendes Urteil." Inhaltlich gleich: Stein-Jonas-Schönke-Pohle, I vor § 50; Baumbach-Lauterbach, vor § 50 Anm. 1, Rosenberg, § 39 I 1.

3) Schönke-Schröder-Niese, S. 119; BGHZ 4, 334.

4) So Rosenberg, § 42 I 1; inhaltlich ebenso Lent, S. 37; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 50 I; Baumbach-Lauterbach, § 50 1 u.a.m.; a.M. Nikisch, S. 111.

5) vgl. Anm. 1) auf S. 54, vor allem Sauer, Grundlagen, S. 362.

6) BGH in NJW 57, 989; Schönke-Schröder-Niese, S. 124; Baumbach-Lauterbach, § 50 4) B.

fähigkeit ist nicht Prozeßbedingung, sondern lediglich Sachurteilsvoraussetzung. Davon muß aber die Existenz einer Partei scharf getrennt werden, für die u.E. nicht das gleiche gelten kann.

III. Die Behandlung einer nicht existenten Partei

Liest man die in sämtlichen Lehrbüchern als Selbstverständlichkeit getroffene Feststellung, daß ein Zivilprozeß in der Regel die Existenz zweier Parteien - ohne Rücksicht auf die Parteifähigkeit - voraussetzt, so möchte man annehmen, daß beim Fehlen einer Partei eben kein Zivilprozeß zustande kommen könne. Diese Folgerung wird aber von der herrschenden Lehre nicht gezogen. Vielmehr findet man in den Kommentaren und Lehrbüchern die Ansicht, daß eine durch oder gegen eine nicht existierende Partei erhobene Klage durch Prozeßurteil abzuweisen sei ¹⁾. Damit wird die mangelnde Existenz einer Partei trotz vorgenommener klarer Unterscheidung genauso behandelt wie die mangelnde Parteifähigkeit. Mehrere Autoren führen auch die Existenz der Parteien ausdrücklich als Prozeßvoraussetzung im Sinne einer Sachurteilsvoraussetzung auf ²⁾. Damit wäre die Unterscheidung von Partei und Parteifähigkeit für die Frage, ob bei dem Fehlen einer Partei ein Urteilsverfahren zustande kommen kann, überflüssig. Die herrschende Lehre begeht hier aber u.E. eine Ungenauigkeit. Denn das Verfahren nicht parteifähiger Gebilde kann nicht gleich behandelt werden, wie ein Verfahren für oder gegen niemand. Die u.E. richtige Konsequenz aus der Feststellung, daß ein Zivilprozeß zwei Parteien vor-

1) Rosenberg, § 40 I; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 50 VII 2.

2) Nikisch, S. 223; Lent, S. 86; Rosenberg, § 89 I 4.

aussetzt, geht vielmehr mit Sauer ¹⁾ und Kisch ²⁾ dahin, daß beim Fehlen einer Partei auch ein Formalprozeß mit abschließendem Prozeßurteil nicht möglich ist.

Die Feststellung Rosenbergs, "ein Prozeß für oder gegen Unbekannt oder wen es angeht ist unmöglich, eine oder erhobene Klage ist als unzulässig abzuweisen" ³⁾, erscheint als ein Widerspruch in sich selbst. Denn gegen Unbekannt kann keine Klage erhoben werden, damit auch kein Urteilsverfahren zustande kommen und deshalb auch nicht die Klage als unzulässig abgewiesen werden. Baumbach-Lauterbach schreiben zwar an einer Stelle, daß durch Beschluß entschieden werden müsse, wenn die Klage an eine Nichtpartei zugestellt worden sei, da eine nicht erhobene Klage nicht abgewiesen werden könne ⁴⁾. An einer anderen Stelle aber ist zu lesen: "Besteht der Beklagte nicht, so ist die Klage abzuweisen" ⁵⁾.

Für die Meinung, daß bei mangelnder Existenz einer oder beider Parteien, kein Urteilsverfahren zustande kommt, lassen sich u.E. überzeugende Argumente anführen:

1. Ein Urteilsverfahren entsteht dadurch, daß der Kläger eine Klage einreicht und das Gericht die Klageschrift dem Beklagten zustellt (§ 253 ZPO). Das aber ist nur möglich, wenn tatsächlich Kläger und Beklagter existieren. Klagt z.B. der nicht rechtsfähige Verein A gegen B, so ist mit dem im Klagerubrum aufgenommenen Namen A ein ganz bestimmtes vorhandenes Personengebilde bezeichnet. Obwohl der Verein A nicht parteifähig ist, ist doch ein Kläger vorhanden, bezüglich dessen sich der Beklagte eine bestimmte Vorstellung machen kann. Damit kann auch ein Urteilsverfahren stattfinden, wenn es sich auch darauf be-

1) Sauer, Die Prozeßvoraussetzungen, LZ 1919, 671.

2) Kisch, Anm. zu einer Entscheidung des OLG Dresden, JW 21, 41: "Die für eine tote Partei erhobene Klage ist ebenso wenig anhängig geworden wie eine solche gegen eine tote Partei." Desgl. Abend, aaO, S. 26.

3) Rosenberg, § 40 I.

4) Baumbach-Lauterbach, § 50, Grdz 2) F.

5) Baumbach-Lauterbach, § 50, Grdz 3) B.

schränkt, festzustellen, daß dem Personengebilde A die Rechtssubjektivität fehlt. Wie aber soll ein gar nicht existierendes Personengebilde als Kläger auftreten können? Dadurch, daß eine Klage von dem falsus procurator einer nicht existierenden Partei eingereicht wird, kann kein Prozeß zustande kommen. Daß der "Vertreter" nach den zivilprozessualen Vorschriften nicht Partei wird, ist bereits ausgeführt ¹⁾. Das gleiche gilt aber auch auf der Seite des Beklagten. Einem nicht existierenden Beklagten kann eine Klageschrift nicht zugestellt werden. Deshalb ist die Schlußfolgerung von Süß, daß ein Urteilsverfahren nicht anhängig werden kann, wenn nicht zwei Parteien vorhanden sind ²⁾, durchaus gerechtfertigt.

2. Wenn die herrschende Lehre der Meinung ist, daß über eine Klage von oder gegen eine nicht existierende Partei durch Prozeßurteil zu entscheiden ist, so fragt man sich, wie dieses Urteil aussehen soll und zu welchem Zweck es erlassen wird. Die Zivilprozeßordnung schreibt in § 313 Abs. I Nr. 1 ZPO zwingend vor, daß das Urteil die Bezeichnung der Parteien enthalten muß. Die Formvorschrift kann aber nicht eingehalten werden, wenn eine Partei nicht existiert. Wie sollte es denn lauten? Schon aus rein formellen Gründen kann also kein Urteil ergehen.

Das Urteil hätte aber auch keinen Sinn. Denn ein Urteil gegen eine nicht existierende Partei muß notwendigerweise ohne jede Wirkung sein ³⁾. Durch das Prozeßurteil soll festgestellt werden, daß die über den geltend gemachten Anspruch beantragte sachliche Entscheidung nicht möglich ist, weil eine Sachurteilsvoraussetzung fehlt. Eine solche Feststellung ist aber sinnlos, wenn von vornherein

¹⁾ Selbst wenn man die Normen des BGB zu Hilfe holen wollte - was aber wegen der grundsätzlichen Verschiedenheit der Rechtsmaterie nicht möglich ist - kann man zu keinem anderen Ergebnis kommen. Denn nach Staudinger, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., Berlin 1957, § 179 4a und Palandt, Kommentar zum BGB, 17. Aufl., München-Berlin 1958, § 179 2), bestimmt § 179 BGB nicht, daß der Vertreter an die Stelle des Vertretenen tritt.

²⁾ Süß, aaO, ZJP 55, 276.

³⁾ Sauer, Grundlagen, S. 443; Rosenberg, § 89 I 4 und § 73 IV 2c; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, vor 578 I 2.

feststeht, daß ein Anspruch gar nicht existieren kann, weil nicht zwei Parteien vorhanden sind.

3. Untersucht man schließlich, was geschieht, wenn sich in anderen Prozeßlagen herausstellt, daß eine Partei nicht oder nicht mehr vorhanden ist, so spricht das auch dafür, daß beim Fehlen einer Partei ein Urteilsverfahren nicht zustande kommt. Tritt z.B. eine Person im Prozeß auf, der irrtümlich die Klageschrift zugestellt wurde und macht geltend, sie sei mit dem Beklagten nicht identisch, so muß sie nach herrschender Lehre durch Beschluß - und nicht durch Urteil! - aus dem Prozeß verwiesen werden ¹⁾. In gleicher Weise ist eine urteilsmäßige Entscheidung nicht möglich und nicht notwendig, wenn in einem anhängigen Verfahren die Existenz von zwei Parteien deshalb nicht mehr gegeben ist, weil die beiden Parteien e i n Rechtssubjekt werden ²⁾. Kann aber die Situation eine andere sein, wenn von vornherein nicht zwei Parteien existieren?

Wenn vor der Zustellung der Klageschrift feststeht, daß der Kläger oder der Beklagte nicht existiert, ist es ganz eindeutig, daß ein Prozeß nicht eröffnet werden kann. Dagegen läßt sich wohl kaum etwas einwenden, denn eine Klagenerhebung von oder gegen eine nicht existente Partei ist nicht möglich. Besteht aber über die Existenz einer Partei Streit, so kann der Nachweis u.E. nicht i m Verfahren geführt werden, da ja die Existenz zweier Parteien Bedingung für das Zustandekommen eines Erkenntnisverfahrens ist. Dieser Streit muß also schon vor der Terminsanberaumung geklärt werden und führt, wenn die Existenz einer Partei verneint wird, zur Verweigerung der

1) Baumbach-Lauterbach, Grdz § 50 2) F und 3) A; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, vor § 50 III 3.

2) Rosenberg, § 39 III 1: "Der Prozeß wird von selbst beendet, wenn seine beiden Parteien ein Rechtssubjekt werden." So auch Baumbach-Lauterbach, Grdz § 50 2) D und Stein-Jonas-Schönke-Pohle, vor § 50 V.

Einleitung eines Urteilsverfahrens.

In konsequenter Durchführung dieser Meinung kann dann allerdings auch kein Prozeßurteil ergehen, wenn sich erst im Laufe des Prozesses herausstellt, daß eine Partei nicht existiert. Auch in diesem Falle ist nur ein feststellender Beschluß möglich, daß mangels Vorhandensein zweier Prozeßparteien ein Urteilsverfahren nicht stattfinden könne ¹⁾.

Wir haben bei der mangelnden Existenz einer Partei also die gleiche prozessuale Situation wie bei der mangelnden Gerichtsbarkeit. Existiert der Beklagte nicht oder ist er nicht der Gerichtsbarkeit unterworfen, so kann kein Urteilsverfahren zur Entstehung kommen. Für die Gleichstellung dieser beiden prozessualen Lagen spricht auch die Tatsache, daß nach herrschender Meinung sowohl ein Urteil gegen eine nicht existente Partei, als auch ein Urteil gegen einen Eximierten nicht nur anfechtbar, sondern beide von vornherein unwirksam sind ²⁾. U.E. ist es deshalb konsequent, daß auch in dem Falle, in dem sich das Fehlen einer Partei erst im Laufe der mündlichen Verhandlung ergibt, genauso wie bei der Exemption des Beklagten durch Beschluß festgestellt wird, daß ein ordentliches Verfahren nicht anhängig ist.

§ 9. Die Klageerhebung als Prozeßbedingung

Durch die Klage werden das Prozeßgericht und die Parteien miteinander in Beziehung gebracht. Ohne Klage gibt es keinen Zivilprozeß.

Eine Trennung der Klageerhebung als Entstehungstatbestand

- 1) vgl. dazu Süß in einer Entscheidungsanmerkung, ZZP 55, 278: "Ein Urteil dahingehend, daß ein Prozeß nicht existent ist, ist ein Widerspruch in sich selbst ... Es kann nur ein Beschluß ergehen ... So auch Abend, aaO, S. 110.
- 2) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, vor § 578 I 2; Rosenberg, § 73, 2a und c.

des Prozesses und der Ordnungsmäßigkeit derselben haben wir bereits vorgenommen. Es verbleibt uns also nur noch die Aufgabe, festzustellen, was zu dem Mindesttatbestand der Klageerhebung gehört, wann überhaupt von einer Klage gesprochen werden kann¹⁾. Denn es ist selbstverständlich, daß nicht jeder Schriftsatz, der bei Gericht eingeht - und sei er auch mit der Bezeichnung "Klage" überschrieben - als Klage behandelt werden kann. Damit eine Klage als solche vorliegt, müssen Mindestanforderungen eines Schriftsatzes in Form und Inhalt gegeben sein. Diese Mindestanforderungen dürfen aber nicht mit der Ordnungsmäßigkeit der Klage verwechselt werden, denn fehlen erstere, so kann der Schriftsatz überhaupt nicht als Klage behandelt werden, ist dagegen die Klage nicht ordnungsmäßig, so ist durchaus eine Klage vorhanden, dieselbe ist nur mangelhaft und wird durch Prozeßurteil abgewiesen.

I. Die äußere Form der Klage als Entstehungstatbestand des Prozesses

1. Die Abfassung des Schriftsatzes in deutscher Sprache

Nach § 184 GVG ist die Gerichtssprache deutsch. Das bedeutet, daß die mündliche Verhandlung, aber auch der schriftliche Verkehr zwischen den deutschen Gerichten und den Prozeßbeteiligten in deutscher Sprache zu führen ist. Schriftsätze, die in fremder Sprache bei Gericht eingehen, können deshalb nach herrschender Meinung und Rechtsprechung nicht als Klagen berücksichtigt werden²⁾. Für den Richter besteht keine Pflicht, sich mit solchen Schriftsätzen näher zu befassen. Die Ansicht Wieczoreks, man sollte die Klagschrift auf Kosten der Partei, welche

1) StB bezeichnet den Mindesttatbestand der Klage als die Klage im populären (ZZP 54, 45) oder im allgemeinen (ZZP 55, 277) Sinn.
2) Schönke-Schröder-Niese, § 9 II; Baumbach-Lauterbach, § 184 GVG; Rosenberg, § 24 III; Zöllner, § 184 GVG. RGZ 31, 428; 162, 288; 67, 225; OLG München, HRR 41, 46.

sie fremdsprachlich eingereicht hat, übersetzen und dann gelten lassen ¹⁾, steht mit dem Verhandlungsgrundsatz im Widerspruch. Für das Gericht besteht keine Veranlassung, von Amts wegen eine Übersetzung der Klageschrift vornehmen zu lassen. Das ist allein Aufgabe und im Interesse der den Schriftsatz einreichenden Partei. Auch die Meinung von Gündel-Hartung, es müsse Personen in Grenzgebieten in gleicher Weise gestattet sein, fremdsprachige Schriftstücke bei Gericht einzureichen, wie ihnen ja auch trotz der Vorschrift des § 184 GVG der mündliche Vortrag in einer fremden Sprache erlaubt werden könne ²⁾, ist u.E. nicht zutreffend. Denn die in gewissen Grenzen mögliche mündliche Verhandlung in einer fremden Sprache beruht auf den ausdrücklichen Bestimmungen der §§ 185 bis 191 GVG. Für den schriftlichen Verkehr zwischen den Parteien und dem Gericht fehlt aber eine solche Vorschrift ³⁾. Schließlich erscheint uns der Hinweis von Schwarz, daß fremdsprachige Volksteile bei der Rechtspflege gemäß Art. 3 Abs. III GG im Gebrauch ihrer Muttersprache auch bei schriftlichen Eingaben nicht beeinträchtigt werden dürfen ⁴⁾, in der Auslegung des Grundrechts der Gleichheit vor dem Gesetz überzogen. Es kann jedem, der die deutsche Sprache nicht beherrscht, zugemutet werden, daß er sich an einen Übersetzer wendet. Dadurch wird er vor dem Gesetz in seiner Gleichberechtigung nicht beeinträchtigt. Die herrschende Meinung, daß nur deutschsprachige Schriftsätze das Gericht zu der von ihm beantragten Prozeßhandlung veranlassen können, ist deshalb zu billigen. Dabei ist auch die Ansicht Feisenbergers abzulehnen, daß das Gericht Eingaben in fremder Sprache zurückweisen

1) Wieczorek, § 184 GVG B.

2) Gündel-Hartung, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 19. Aufl., Berlin und Leipzig 1934, § 184 GVG, Bem. 2a.

3) So auch OLG München, HRR 41, 46.

4) Schwarz, § 184 GVG; ebenso Kleinknecht-Müller, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 4. Aufl., Darmstadt 1958, § 184 GVG 1a.

könne, es ihm aber nicht verboten sei, solche anzunehmen¹⁾. Denn derartigen Zugeständnissen haftet ein Zug Willkür an und sie stehen außerdem mit der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes in Widerspruch. Daß dagegen bei Schriftstücken, die in einer deutschen Mundart abgefaßt sind, nicht kleinlich umgegangen wird, bedarf keiner besonderen Betonung²⁾.

Somit ist auf Grund einer nicht in deutscher Sprache abgefaßten Klageschrift ein Verhandlungstermin nicht anzu-beraumen. Sie kann nicht als Klage behandelt werden, denn im Rechtssinne ist sie für das Gericht nicht verständlich³⁾.

2. Die Erfordernisse bestimmter Angaben

Der Schriftsatz, der als Klage eingereicht wird, muß nicht zwingend die Bezeichnung "Klage" tragen⁴⁾. Er muß aber als Klage kenntlich sein und als solche behandelt werden können. Dazu ist nicht erforderlich, daß er den Anforderungen des § 253 Abs. II bis IV ZPO genügt, denn durch diese Bestimmungen ist bereits der ordnungsgemäße Inhalt der Klageschrift bestimmt, der erst in der mündlichen Verhandlung zu prüfen ist. Die Prüfung vor der Zustellung der Klageschrift erstreckt sich nur auf das Allernotwendigste.

Die besondere Bezeichnung des Gerichts ist hierbei nicht unerlässlich, denn dieses ist ja durch die Einreichung des Schriftsatzes bei dem betreffenden Gericht gekennzeichnet. Es genügt die Tatsache, daß an das Gericht adressiert wird.

-
- 1) Feisenberger, Albert, Kommentar zur Strafprozeßordnung, Berlin und Leipzig 1926, § 184 GVG, Anm. 1.
 - 2) vgl. Wieczorek, § 184 GVG B; Zöllner, § 184 GVG; einschränkend Baumbach-Lauterbach, § 184 GVG.
 - 3) Im Ergebnis ebenso Rosenberg, § 91 I 2a; Wieczorek, § 253 F II a 1; Wurzer, aaO, GruchBeitr. 64, 47.
 - 4) Wieczorek, § 253 F II a 2; RGZ 124, 185 für die Widerklage; RGZ 141, 347 für den Einspruch.

Dem Beklagten kann aber die Klageschrift nur zugestellt werden, wenn er vom Kläger bezeichnet ist. Nach § 253 Abs. IV in Verbindung mit § 130 Nr. 1 ZPO soll zwar die Bezeichnung der Parteien nach Name, Stand oder Gewerbe und Wohnort angegeben werden. Wesentlich ist jedoch für die Zulassung der Klage nur, daß die Identität des Klägers und des Beklagten feststeht. Dabei ist das Klagerubrum nicht schlechthin dafür maßgebend, wer die Klageschrift eingereicht hat und an wen sie zugestellt werden soll¹⁾. Es ist allgemein anerkannt, daß das Prozeßrecht als Teil des öffentlichen Rechts einer sinnvollen und nicht am Wortlaut haften bleibenden Auslegung zugänglich ist. Sie ist notwendig, damit das Verfahrensrecht nicht in einem unserem Prozeßrecht fremden Formalismus erstarrt, sondern den praktischen Bedürfnissen angepaßt werden kann. Zu diesem Ergebnis kommt auch das Bundesarbeitsgericht in einer Entscheidung über die Formgültigkeit einer Klage, bei der der Kläger statt des von ihm zu verklagenden Landes, eine Strafanstalt als seinen Arbeitgeber bezeichnet hat. Denn aus dieser rechtlich zwar nicht zutreffenden, aber trotzdem verständlichen Angabe, war ohne weiteres zu entnehmen, daß in Wirklichkeit nicht die Strafanstalt, sondern die für sie zuständige und insoweit allein rechts-, partei- und prozeßfähige Gebietskörperschaft verklagt werden sollte²⁾. Wenn auch die Notwendigkeit, den Schriftsatz wegen der Feststellung der Parteien erst der Auslegung zu unterziehen, keinen Grund für die Ablehnung der Zulassung der Klage darstellt, so geht dies aber nicht so weit, daß der Richter nun von sich aus zeitraubende Untersuchungen anstellen muß, wer wohl als Partei infrage kommt. Dem Beschluß des Landgerichts Berlin ist deshalb zuzustimmen,

1) OGH BZ, Urt. v. 1.10.48, DRZ 49, 66; vgl. auch Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Anm. V 2 vor § 128.

2) BARbG, Urt. v. 11.9.56, NJW 56, 1772; ebenso BGHZ 4, 328.

in dem die "Anberaumung eines Termins zur mündlichen Verhandlung" abgelehnt wird, weil der Kläger als Beklagte lediglich die "Mieter des Hauses Marienburger Straße 3/4" aufführte ¹⁾. Hier wird eine an sich durchaus einfache Sache ohne den geringsten prozessualen Grund derartig kompliziert, daß ein geordneter Prozeßbetrieb infrage gestellt ist.

Die Identität des Klägers und des Beklagten muß sich deshalb aus der Klageschrift selbst bestimmen lassen, damit der Richter die für die Eröffnung eines Erkenntnisverfahrens notwendige Existenz zweier Parteien nachprüfen kann. Andernfalls kann der Schriftsatz nicht als eine für die Einleitung eines Verfahrens geeignete Klage behandelt werden ²⁾.

3. Die Unterzeichnung der Klageschrift

Die Zivilprozeßordnung hat betreffs der Form von Prozeßschriften, welche prozessuale Folgen für die Parteien erzeugen, namentlich für die Klage, keine ausdrücklichen Vorschriften getroffen. Nur für die vorbereitenden Schriftsätze ist in § 130 Nr. 6 ZPO im Anwaltsprozeß die Unterschrift des bei Gericht zugelassenen Rechtsanwalts, in anderen Prozessen die Unterschrift der Partei oder ihres Vertreters als Soll-Erfordernis vorgeschrieben. Die Klageschrift stellt jedoch einen sog. bestimmenden Schriftsatz dar, weil sie für die Einleitung eines Prozesses verfahrensnotwendig ist ³⁾. Aus dem Umstande, daß im Gegensatz zu den bloß vorbereitenden Schriftsätzen, bei den bestimmenden die Ausstellerunterschrift als muß-Vorschrift im Gesetz nicht gesondert gefordert ist, kann jedoch nicht geschlossen werden, daß bei Schriftsätzen

1) LG I Berlin, ZJP 49, 228.

2) So auch Wurzer, aaO, GruchBeitr. 64, 47; Weizsäcker, aaO, ZJP 27, 73; Rosenberg, § 91 I 2a; Wieczorek, § 253 F IIa 1.

3) Wieczorek, § 129 A I; BGH in NJW 57, 264.

dieser Art die Unterschrift auch nur Soll-Erfordernis ist. Weshalb eine ausdrückliche Vorschrift unterblieben ist, ergibt sich vielmehr eindeutig aus der Begründung des amtlichen Entwurfs von 1874. Denn dort ist zu dem § 222 des Entwurfs (jetzt § 253 ZPO) ausgeführt, trotz der nur instruktionellen Bedeutung des § 117 Nr. 5 (jetzt § 130 Nr. 6 ZPO) sei die "essentielle" Bedeutung der Unterschrift des Anwalts so selbstverständlich, daß der Entwurf geglaubt habe, von einer besonderen Vorschrift absehen zu können ¹⁾. Das gleiche muß aber auch für die Unterschrift des Klägers oder seines Vertreters im Parteiprozeß gelten.

Die Feststellung, daß die Klageschrift vom Kläger bzw. im Anwaltsprozeß vom Anwalt unterzeichnet werden muß, findet in der herrschenden Literatur und Rechtsprechung auch nahezu allgemeine Billigung. Durch die Unterschrift wird nämlich, wie das Reichsgericht ausführt, klargestellt, daß es sich bei dem Schriftsatz nicht um einen Entwurf, sondern um eine Erklärung des prozessualen Inhalts handelt, daß sie von dem unterzeichneten Kläger bzw. Rechtsanwalt herrühre und daß dieser für den Inhalt die Verantwortung übernehme ²⁾. Diese Tatsache muß aber bereits vor der Terminsanberaumung und der Zustellung der Klageschrift an den Beklagten feststehen.

In der Rechtslehre ist nun streitig, ob die für die Anerkennung als beachtliche Klageschrift notwendige Unterzeichnung eigenhändig sein oder ob der Richter auch einen Klageschriftsatz zulassen muß, der mit einem Stempel oder der Schreibmaschine signiert ist. Im Gegensatz zu Stein-Jonas-Schönke Pohle, die es nicht für erforderlich halten, daß die Unterschrift eigenhändig vollzogen wird, sondern auch eine Unterzeichnung im Auftrag oder

1) Hahn, aaO, II, 1, S. 255.

2) RG, Beschl. des GZS v. 15.5.1936, RGZ 151, 82; ebenso BVerwG in NJW 55, 1454.

mit Namensstempel - und zwar nicht bloß mit Faksimile-Stempel - für ausreichend erachten ¹⁾, hat die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts immer an der Notwendigkeit der eigenhändigen Unterschrift festgehalten und der Bundesgerichtshof hat diese Rechtsprechung übernommen ²⁾. Grundsätzlich ist dieses Formerfordernis auch zu billigen. Denn es entspricht allgemeiner und auch dem Rechtsunkundigen ohne weiteres einleuchtender Ansicht, daß bei der Abgabe schriftlich rechtserheblicher Erklärungen grundsätzlich nur eigenhändig unterzeichnete Schriftstücke als rechtswirksame Willenserklärungen angesehen werden. Es handelt sich dabei nicht um eine bloße Förmlichkeit, da die handschriftliche Unterzeichnung für das Gericht den Zweifel ausschließen soll, daß die Klageschrift von einem anderen als dem Unterzeichner herrührt und dieser eine Willenserklärung dieser Art abgeben wollte ³⁾. Die Anforderung ist auch nicht zu streng, da sie der Rechtsicherheit dient und auch für den beauftragten Anwalt die Möglichkeit besteht, sich nach den Vorschriften der Rechtsanwaltsordnung im Verhinderungsfalle von einem anderen bei dem betreffenden Gericht zugelassenen Anwalt vertreten zu lassen und dann dessen persönliche und eigenhändige Unterschrift genügt ⁴⁾. Dagegen ist die Unterschrift eines nicht zugelassenen Anwalts nicht ausreichend, da die Vertretung durch einen solchen nur für die mündliche Verhandlung zugelassen ist ⁵⁾.

An die Lesbarkeit der unter der Klageschrift angebrach-

1) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 129 I 2; ebenso KG, JW 27, 527; Jonas, Anm. zu einem Beschl. d. RG, JW 36, 1758; Schönke-Schröder-Niese, § 34 I 1.

2) RGZ 31, 375; 46, 375; 65, 81; 119, 62; 126, 257; 140, 72; 152, 23; bes. 151, 82.
BGH, NJW 57, 264; BGH, ZZP 68, 186 für die Berufungs- und Revisionsschrift.- Ebenso Baumbach-Lauterbach, Anm. 1 B zu § 129; Rosenberg, § 48 III b.

3) RGZ 151, 82.

4) vgl. § 27 Abs. I Bay RAO.

5) vgl. § 27 Abs. II Bay RAO.

ten Unterschrift dürfen u.E. keine zu strengen Anforderungen gestellt werden. Deshalb erscheint das Urteil des Kammergerichts zu formalistisch, das einen Schriftsatz als nicht unterzeichnet ablehnt, weil die Unterschrift nur die ersten fünf Buchstaben des Namenszuges erkennen lasse, dann aber in einem Strich ende. Der Schriftsatz müsse mit dem vollen ausgeschriebenen Namen unterzeichnet sein ¹⁾. Es ist aber u.E. nicht Aufgabe eines gerichtlichen Verfahrens, die allgemein eingerissene Unsitte unleserlicher Unterschriften zu bekämpfen. Lesbarkeit und Deutlichkeit der Unterschrift zu verlangen, geht deshalb zu weit ²⁾. Notwendig ist nur, daß sich die Identität des Unterzeichners aus den Schriftzeichen erkennen läßt, denn es muß klar feststehen, daß es sich nicht nur um den Entwurf einer Klageschrift handelt, wer die unterschriebene Erklärung abgibt und dafür die Verantwortung trägt. Dieser Zweck rechtfertigt es aber nicht, irgendwelche Anforderungen an das äußere Schriftbild der Unterzeichnung zu stellen. Individuelle, dem Gericht bekannte Schriftzeichen der bei ihm zugelassenen Rechtsanwälte werden stets genügen. An die Deutlichkeit der Unterschrift eines dem Gericht nicht bekannten Klägers werden allerdings meist höhere Anforderungen zu stellen sein. Jedoch genügt es auch hier, wenn sich aus dem Zusammenhang mit dem Klagerubrum oder einem Firmenstempel entnehmen läßt, wer der Unterzeichner ist, dessen Identität also feststeht ³⁾.

Bei den heutigen Verhältnissen läßt sich der telegraphische Verkehr für die Abgabe prozessualer Willenserklärungen nicht mehr ganz ausschließen, weshalb zu diesem Punkt kurz Stellung genommen wird. Wenn diesbezüglich eine Ein-

1) KG, Urt. v. 1.7.54, Anw.Bl. 55, 71; ebenso KG, JW 29, 52; RG, JW 29, 1658 (15).

2) Baumbach-Lauterbach, § 129 B; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 129 I 2; einschränkend Wieczorek, § 129 A II a

3) So auch KG, JW 29, 2768; Chemnitz, Anm. zu einem Urt. d. KG, Anw.Bl. 55, 72.

schränkung unserer Ausführungen auch in erster Linie für die Einlegung von Rechtsmitteln gemacht werden muß, so kann doch auch bei der Klageerhebung die Benutzung des telegraphischen Weges wegen der Wahrung von Fristen von Bedeutung sein ¹⁾. Im Gegensatz zu Wieczorek ist insoweit der herrschenden Rechtsprechung zu folgen, daß in Ausnahmefällen auch die Einreichung eines Telegramms genügt ²⁾. Es handelt sich jedoch hier, wie in den zitierten Entscheidungen ausdrücklich hervorgerhoben wird, um Ausnahmen, die nicht zu einer Verallgemeinerung führen dürfen, wie sie Stein-Jonas-Schönke-Pohle vornehmen ³⁾. Bei diesen Ausnahmen wird man vielmehr verlangen müssen, daß sie nachträglich durch einen unterschriebenen Schriftsatz bestätigt und ergänzt werden ⁴⁾.

Grundsätzlich ist also an der eigenhändigen, durch Faksimilestempel nicht zu ersetzenden Unterschrift des Erklärenden festzuhalten. Im Anwaltsprozeß muß die Klageschrift von einem bei dem betreffenden Prozeßgericht zugelassenen Anwalt unterzeichnet sein. Nur wenn dieses Formerfordernis erfüllt ist, liegt eine für das Gericht beachtliche Klageschrift vor. Auf die Einhaltung dieser Form kann auch die Gegenpartei nicht verzichten, da diese der Rechtssicherheit und Wahrung des Rechtsfriedens dient ⁵⁾.

1) RGZ 139, 47 bis 49; RAG 3, 252; RGZ 151, 82 (86); BVerwG, NJW 55, 1454; BGH, ZZP 68, 186 für die Berufungs- und Revisionsschrift.

2) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 129 I 2.

3) Als interessanter Vergleich hierzu diene das österr. Gerichtsorganisationsgesetz v. 27.11.1896, wo in § 89 Abs. II ausdrücklich erklärt wird, daß schriftliche Eingaben telegraphisch erfolgen können, und in § 6 Gesch.O. v. 1.3.1930, der fordert, daß das Telegramm binnen 3 Tagen in einem unterschriebenen Schriftsatz bestätigt sein muß.

4) RGZ 152, 27; Rosenberg, § 61 II 1b und die dort zitierte Literatur.

II. Der Inhalt des durch die Einreichung der Klage geltend gemachten Gesuchs um Rechtsschutz

Wenn ein Schriftsatz als Klageschrift eingereicht wird und äußerlich den aufgeführten Mindestanforderungen entspricht, so liegt der Form nach eine Klage vor, es müssen aber auch noch inhaltlich bestimmte Momente gegeben sein, damit dieser Schriftsatz als Klage behandelt, also Termin anberaumt und dem Beklagten zugestellt werden kann.

1. Das ernstgemeinte, mögliche Gesuch

Es wird zwar selten vorkommen, daß bei Gericht eine "Klageschrift" eingeht, die gar nicht mit der ernstesten Absicht eingereicht wurde, ein zivilprozessuales Verfahren in Gang zu bringen. Der Vollständigkeit halber sei jedoch diese Möglichkeit hier aufgeführt.

Aus dem Inhalt des Schriftsatzes muß der wirkliche und ernsthafte Wille des Erklärenden zum Ausdruck kommen, daß er unter Mithilfe des Gerichts den Gegner auffordern will, in einem Termin mündlich zu verhandeln und daß auf Grund dieser Verhandlung eine gerichtliche Entscheidung ergehen soll. Handelt es sich jedoch offenbar um eine Ladung des Gegners, die statt der mündlichen Verhandlung ganz andere Mitteilungszwecke verfolgt oder um einen Scherz, so hat der Richter selbstverständlich jede Mitwirkung zu versagen. Um die Ernsthaftigkeit einer Klage feststellen zu können, muß in der Klageschrift deshalb wenigstens der Anspruch gekennzeichnet sein, der den Inhalt der mündlichen Verhandlung und der gerichtlichen Entscheidung bestimmt ¹⁾.

Die Behandlung des geltend gemachten Anspruchs muß weiter im Zivilrechtsstreit möglich sein. Er darf nicht etwa auf die Bestrafung des Gegners wegen eines angeblichen Ver-

1) So auch Fortenbach, aaO, ZZP 8, 163.

gehens lauten ¹⁾. Dagegen braucht der geltend gemachte Anspruch nicht so genau fixiert zu sein, daß er aus einem bestimmten Antrag und einer brauchbaren Begründung entnommen werden kann, um einen Schriftsatz als Klage behandeln zu können ²⁾. Es muß lediglich feststehen, daß der Kläger mit einem ernsthaften Gesuch das Gericht um eine mögliche Entscheidung bittet. Ist das nicht der Fall, so ist eine zivilprozessuale Klage gar nicht beabsichtigt, ein Gesuch um Rechtsschutz in Form eines zivilprozessualen Verfahrens gar nicht gestellt ³⁾. Die Durchführung eines Urteilsverfahrens kann folglich nicht stattfinden.

2. Das unbedingte Gesuch

Durch die Einreichung der Klageschrift stellt der Kläger einen Antrag auf Rechtsschutz. Diese Prozeßhandlung soll eine unmittelbare Rechtswirkung erzeugen, nämlich den Prozeß in Gang bringen. Mit der Eröffnung eines geordneten Verfahrens und dem Interesse des Prozeßgegners wäre es nun nicht vereinbar, diese Prozeßhandlung an eine Bedingung zu knüpfen. Denn der ganze Prozeß, die Rechtshängigkeit des Verfahrens, die Verhandlung und die richterliche Entscheidung, kann nicht dergestalt von Anfang an nach dem Willen des Klägers unter einer Bedingung stehen, daß die gesamten Rechtswirkungen der Klage oder der Entscheidung je nach dem Eintritt oder dem Ausfall der Bedingung bei Bestand bleiben oder hinfällig werden. So ist es denn auch allgemeine Lehre und Rechtsprechung, daß eine bedingte Klageerhebung nicht möglich ist ⁴⁾. Der

1) Denn wie Rosenberg, § 73 IV 2a, richtig feststellt, fehlt dem Zivilgericht die Gerichtsgewalt in Strafsachen.

2) Dies verlangt offenbar Wieczorek, § 253 F II a 1.

3) So auch Weizsäcker, aaO, ZJP 27, 62; Eccius, aaO, GruchBeitr. 29, 9; Rosenberg, § 91 I 2a; Schönke-Schröder-Niese, § 31 II 2a.

4) Schönke-Schröder-Niese, § 31 II 3; Rosenberg, § 80 IV 2; Nikisch, S. 215; Stein, Friedrich, Bedingte Prozeßhandlungen, DJZ 13, 39. - RGZ 144, 72; BGHZ 4, 54 und OLG München ZJP 64, 85 für die Berufung.

Kläger kann seine Klageerhebung nicht von der Bedingung abhängig machen, daß der Beklagte z.B. den Anspruch anerkennt oder ein Versäumnisurteil ergeht oder der Richter die Klage für begründet hält. Es muß bei der Klageeinreichung eindeutig feststehen, ob die Einleitung und Durchführung eines Prozesses gewollt ist oder nicht.

Allein durch diese klare Forderung kann auch der immer wieder diskutierte Streit, ob eine unzulässige bedingte Klageerhebung vorliegt, wenn eine Klageschrift gleichzeitig mit einem Armenrechtsgesuch eingereicht wird ¹⁾, geklärt werden. Der Kläger muß eindeutig kundtun, ob die Klage von vornherein oder erst nach der Bewilligung des Armenrechts als eingereicht gelten soll, wann also der Antrag auf Einleitung eines Zivilprozeßverfahrens gestellt ist ²⁾. Soll die Klageschrift erst nach dem bewilligten Armenrecht in den Geschäftsgang genommen werden, so kann sie auch erst mit diesem Zeitpunkt als eingereicht i.S. der begünstigenden Vorschriften der §§ 261b Abs. III und 496 Abs. III ZPO angesehen werden ³⁾. Die gegenteilige Ansicht von Jung, der jeder mit dem Armenrechtsgesuch verbundenen Klageschrift von vornherein die Vorteile der "Einreichung" sichern will, obwohl die Klage erst nach der Bewilligung des Armenrechts "erhoben" werden soll ⁴⁾, stellt trotz aller anderslautenden Ausführungen eine nicht mögliche, weil bedingte Klageerhebung dar. Denn mit der Einreichung der Klageschrift wird das Gesuch um Rechtsschutz gestellt und dieses kann nicht durch die Bewilligung des Armenrechts bedingt sein.

Somit muß mit der Einreichung der Klageschrift der Wille

1) vgl. dazu Schwierén, Heinz, Verquickung von Klage und Armenrechtsgesuch, NJW 51, 946 ff. und die dort zitierte Literatur.

2) Klar herausgestellt in BGHZ 4, 333; BGH, NJW 52, 880 und BGHZ 4, 52, sowie OLG München, ZZP 64, 86 für die Berufung.

3) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 118 I 3; Schönke-Schröder-Niese, § 46 I 1c.

4) Jung, aaO, DRiZ 53, 38.

des Klägers zur Eröffnung eines Prozesses eindeutig und unbedingt feststehen. Die Einleitung des Prozesses in die Hand des Richters zu legen oder seine Durchführung von einer unsicheren Bedingung abhängig zu machen, ist mit der weittragenden Bedeutung der Klageerhebung nicht vereinbar. Deshalb kann und darf der Richter keinen Termin anberaumen und die Klageschrift an den Beklagten nicht zustellen lassen, wenn sich aus dem Inhalt der Klageschrift ergibt, daß ein Verfahren nur unter einer Bedingung eingeleitet oder durchgeführt werden soll ¹⁾.

3. Das gehörige Gesuch

In den Schriftsätzen der Parteien sind Ungehörigkeiten aller Art, Beleidigungen des Gerichts und des Gegners leider keine Seltenheiten. Im Gerichtsverfassungsgesetz ist dem Gericht durch die Bestimmung des § 178 eine Möglichkeit gegeben, wegen einer in der Sitzung erfolgten Ungebühr einem Beteiligten eine Ordnungsstrafe in Geld oder bis zu drei Tage Haft aufzuerlegen und vollstrecken zu lassen. Diese Vorschrift dient dazu, die Würde und Achtung des Gerichts zu wahren. In Schriftsätzen begangene Ungehörigkeiten können nach dieser Vorschrift - wie der Wortlaut ergibt - nicht geahndet werden ²⁾. Damit ist jedoch nichts darüber ausgesagt, ob der Richter nicht in anderer Weise auf eine ungebührig abgefaßte Klageschrift reagieren kann, indem er nämlich eine weitere Behandlung derselben ablehnt. Der Ansicht Wieczoreks, daß auch eine in beleidigender Form abgefaßte Klageschrift nicht zurückgewiesen werden darf ³⁾, können wir nicht beitreten. Denn damit wäre dem Gericht versagt, was jeder Privatperson

1) So auch Hellwig, System, S. 300; Hoche, S. 19; Rosenberg, § 91 I 2a.

2) Schwarz, § 178 GVG Anm. B; Kleinknecht-Müller, § 178 GVG Anm. 1b.

3) Wieczorek, § 253 F II a 3 am Ende.

und jeder anderen Behörde zugestanden werden muß, ja das Gericht soll sogar noch verpflichtet sein, dem ungehörigen Schriftsatz seinen Stempel aufzudrücken und dem Beklagten amtlich zuzustellen. Ein solches Verlangen ist aber mit der Würde und auch der Stellung des Gerichts, das in erster Linie für die Allgemeinheit besteht, nicht vereinbar ¹⁾. Schriftsätze mit beleidigendem Inhalt sind eben zur amtlichen Behandlung ungeeignet. Darunter fallen einmal diejenigen, die eine Beleidigung des Gerichts, aber auch solche, die eine Schmähung des Prozeßgegners oder anderer Behörden enthalten. Es ist dabei Josef zuzustimmen, daß in solchen Fällen das Gericht nicht nur verpflichtet, sondern auch gar nicht berechtigt ist, ein solches Schriftstück durch Beifügung des amtlichen Siegels zu verbreiten, also mitzuwirken bei der Begehung von Straftaten und bei der Herabwürdigung der Rechtspflegeeinrichtungen und daß ferner auch der Prozeßgegner nicht genötigt werden darf, eine gegen ihn verübte Beleidigung als einen Akt der prozessualen Zwangsgewalt entgegenzunehmen ²⁾. Wenn auch keine kleinliche Handhabung bei der Zurückweisung einer Klageschrift wegen ungehörigen Inhalts stattfinden soll, so muß der Richter die Ungehörigkeit doch zumindest dadurch ahnden können, daß er die Klageschrift nicht weiter behandelt und an die einreichende Partei zurückschickt. Somit braucht der Richter eine Klageschrift mit ungehörigem Inhalt nicht als Klage zu behandeln ³⁾.

III. Die verhandlungsfähige Klage

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß von einer

1) vgl. dazu KG in JW 36, 1547.

2) Josef, Eugen, Die amtliche Behandlung von Schriftstücken beleidigenden Inhalts, Das Recht 1903, 232.

3) So auch Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, S. 172; Eccius, aaO, GruchBeitr. 29, 21; Weizsäcker, aaO, ZZP 27, 63; Rosenberg, § 91 I 2a.

Klage im Sinne des Gesetzes nur gesprochen werden kann, wenn bestimmte Mindestvoraussetzungen vorliegen.

An der Beachtung einer bestimmten Mindestform muß bei der Einleitung eines Verfahrens unter allen Umständen festgehalten werden, ohne daß damit einem abträglichen Formalismus das Wort gesprochen werden soll. Die Zivilprozeßordnung beschränkt denn auch die Betätigung der Parteien auf bestimmte Formen, die eingehalten werden müssen, um unrichtig begonnene und geführte Prozesse zu verhüten. Denn wenn auch die prozessualen Vorschriften nicht Selbstzweck sind, sondern die Durchführung des sachlichen Rechts ermöglichen sollen, so steht doch über der Aufgabe der Verwirklichung des sachlichen Rechts im Einzelfalle das höhere Ziel der Wahrung der Rechtssicherheit. Dieses Ziel aber läßt sich ohne eine gewisse Formstrenge nicht erreichen ¹⁾. Darum werden die rechtsuchenden Parteien auch nicht überfordert, wenn gewisse Mindestanforderungen an sie gestellt werden, die von jedem, der die Tätigkeit des Gerichts in Anspruch nehmen will, erfüllt werden können. Es kann nicht Aufgabe des Gerichts sein, für die Klageerhebung wesentliche, von der einreichenden Partei aus Nachlässigkeit unterlassene Angaben, in zeitraubender Tätigkeit zu erforschen. Vielmehr trägt derjenige, der um Rechtsschutz nachsucht, gegenüber den vorwiegend im Interesse der Allgemeinheit bestehenden Rechtspflegeeinrichtungen eine gewisse Verantwortung. Auch soll eine nutzlose und falsche Inanspruchnahme des Prozeßgerichts vermieden werden.

Für das Gericht liegt eine Klage im Sinne des Gesetzes deshalb nur vor, wenn der Klageschriftsatz in deutscher Sprache abgefaßt ist, wenn er eindeutig die Identität der für den Zivilprozeß notwendigen zwei Parteien erkennen läßt und wenn er die eigenhändige Unterschrift des Klägers, seines Vertreters oder im Anwaltsprozeß die des zugelassenen Rechtsanwalts enthält.

1) RGZ 181, 86.

Sind diese äußeren Formen gegeben, so kann und darf der Schriftsatz nur dann als Klage behandelt werden, wenn die Einleitung eines Zivilprozesses ernsthaft gewollt, nicht von einer Bedingung abhängig gemacht ist und in gehöriger Form beantragt wird.

§ 10. Die querulatorische Klage

In der Literatur wird verschiedentlich aufgeführt, daß der Richter auch die Weiterleitung der Klage eines Querulanten ablehnen könne ¹⁾. Obwohl diese Fälle in der Praxis selten sind, soll hier der Vollständigkeit halber auf sie eingegangen werden.

I. Abgrenzung der Problematik

Mit Recht hebt der Bundesgerichtshof hervor, daß Zeit und Kraft der staatlichen Gerichte vom einzelnen nur insoweit in Anspruch genommen werden dürfen, als für ihn ein Bedürfnis nach Rechtsschutz besteht, er also schutzwürdig ist ²⁾. Obwohl das Rechtsschutzbedürfnis nur in Einzelfällen im Gesetz ausdrücklich erwähnt ist, muß es doch bei jeder Klage vorliegen, wenn diese Aussicht auf Erfolg haben soll ³⁾. So wird es von der herrschenden Lehre als Sachurteilsvoraussetzung behandelt und ist von Amts wegen zu beachten, ja Schönke qualifiziert es darüber hinaus noch als Prozeßhandlungsvoraussetzung ⁴⁾. Nach einer Formulierung Schönkes ist das Rechtsschutzbedürfnis zu bejahen, wenn ein prozessuales Interesse besteht, d.h. ein Interesse an der Bewährung des Rechts

1) So Baumbach-Lauterbach Einl. III 6 B; KG, JW 36, 1548.- Im Ergebnis zustimmend Schönke, Zivilprozeßrecht, S.157; Schönke-Schröder-Niese, § 46 I 1c; Nikisch, S. 167.

2) BGHZ 10, 336.

3) RGZ 160, 209 mit weiteren Nachweisen; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, vor § 253 IV 2.

4) Schönke, Rechtsschutzbedürfnis, S. 57 ff.; ders. ArchZivPrax 150, 219 ff.

und an der Wahrung des Rechtsfriedens durch Inanspruchnahme der Rechtsschutzorgane überhaupt oder gerade auf diesem Verfahrensweg ¹⁾. Es wird dort verneint, wo der Kläger z.B. bereits ein vollstreckbares Urteil hat, wo er sich die Leistung auch ohne richterlichen Spruch selbst oder auf einfacherem Wege verschaffen kann ²⁾. In allen Fragen, die das Rechtsschutzbedürfnis betreffen, geht es aber darum, ob eine Klage als unzulässig - wegen mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses - abzuweisen ist oder aber ob in die Verhandlung zur Sache eingetreten werden muß.

Mit einer ähnlichen Problematik befaßt sich der Gedanke der "Verwirkung" einer prozessualen Befugnis, der in der neueren Literatur und Rechtsprechung immer mehr an Boden gewinnt ³⁾. Baumbach-Lauterbach halten es nun für unnötig, zwischen den Fällen der "Verwirkung" und der Behandlung von "Quenglern" zu unterscheiden und behandeln beide unter dem Begriff des Rechtsmißbrauchs ⁴⁾. Die beiden verschiedenen Probleme kann man u.E. aber nicht unter dem gleichen Begriff "Rechtsmißbrauch" abtun. Bei der Verwirkung geht es nämlich um die Frage, ob eine prozessuale Befugnis für unzulässig erklärt werden kann, wenn der prozessual Berechtigte eine längere Zeitspanne verstreichen läßt und der Gegner nach Treu und Glauben sich darauf verlassen durfte, daß von dieser Befugnis nicht Gebrauch gemacht wird. Bei der Verwirkung steht der Vertrauensschutz des Gegners im Vordergrund und nicht in erster Linie die mißbräuchliche Inanspruchnahme der Rechtspflegeinstitutionen ⁵⁾. Man kann die Frage nach der Zulässigkeit der Ausübung einer prozessualen Befug-

1) Schönke, Rechtsschutzbedürfnis, S. 33.

2) vgl. dazu Rosenberg, § 85 II b und die dort zitierte Literatur.

3) Dazu vor allem Baumgärtel, ZZP 67, 423 und die dort unter den Anmerkungen 1 - 3 zitierte Rechtsprechung.

4) Baumbach-Lauterbach, Einl. III 6 A und B.

5) Baumgärtel, ZZP 67, 426; Schwab, Anm. zu einer Entscheidung des LG München, NJW 54, 1772.

nis neben das Rechtsschutzbedürfnis oder auch - wie Baumgärtel ¹⁾ - unter das Rechtsschutzbedürfnis einordnen, jedenfalls wird durch Prozeßurteil darüber entschieden.

Bei der Behandlung von Querulanten geht es aber nicht darum, ob ein die Klage als unzulässig abweisenden Prozeßurteil ergehen kann bzw. muß, sondern um die Frage, ob der Richter bei einer querulatorischen Eingabe überhaupt tätig werden und das durch die Klage beabsichtigte Verfahren einleiten muß. Während das Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses und die Verwirkung einer prozessualen Befugnis also nur die sachliche Nachprüfung des behaupteten Anspruchs abschneiden, ist bezüglich der Querulanten zu prüfen, ob der Richter auf eine querulatorische Klage hin die Einleitung eines Prozesses - und sei es auch nur ein Formalprozeß - überhaupt verweigern kann.

Bei Querulanten bietet die Rechtskraft eines die Klage abweisenden Urteils allein keinen genügenden Schutz, da sie sich gerade um die gerichtliche Entscheidung nicht kümmern und die gleiche Klage immer wieder versuchen. Soll in solchen Fällen jedesmal ein Termin angesetzt und der Beklagte geladen werden, sowie erneut ein auf die schon rechtskräftig ergangene Entscheidung gestütztes Prozeßurteil ergehen müssen?

Im Zivilprozeß werden Querulanten durch die gem. § 74 Abs. II GKG im voraus zu entrichtende Prozeßgebühr von wiederholten aussichtslosen Klagen doch sehr wesentlich abgeschreckt. Im Verfahren vor den Arbeitsgerichten dagegen, wo nach § 12 Abs. IV ArbGG nicht schon vor der Terminbestimmung eine Gebühr erhoben wird, kommen querulatorische Klagen in der Praxis öfter vor.

1) Baumgärtel, ZZP 67, 451.

II. Die Verweigerung der Annahme einer querulatorischen Klage

Die Arbeitsgerichte versuchten sich damit zu helfen, daß sie in sinngemäßer Anwendung des Schikaneverbots des § 226 BGB die "Anberaumung eines Verhandlungstermins" ablehnten. Der Satz, daß niemand ein Recht ausüben dürfe, wenn er nur den Zweck verfolgen könne, einem anderen Schaden zuzufügen, müsse sinngemäß dort angewendet werden, wo eine Behörde dazu mißbraucht werden soll ¹⁾.

Von der Theorie her wurde dieser Weg der Analogie aus § 226 BGB abgelehnt. So führt Roquette aus, daß es nicht angängig sei, neue Formen des Verfahrens auf dem Wege des Gleichschlusses zu gewinnen. Nur das positive Gesetz liefere die Formen des Verfahrens. Nach Roquette liegt die Möglichkeit, einen gewissen Schutz vor Querulanten zu erreichen, auf einem anderen Gebiet. Ein Querulant handele aus einer krankhaften Sucht heraus, die eine Geisteskrankheit im Sinne des § 104 Nr. 2 BGB darstelle. Da solche Kranken, weil sie nicht prozeßfähig seien, gar nicht zur mündlichen Verhandlung zugelassen werden könnten, brauche auch das Gericht auf ihre Eingaben hin überhaupt nichts zu veranlassen. In solchen Fällen sei es zweckmäßig, daß von Amts wegen bei der zuständigen Staatsanwaltschaft die Einleitung eines Entmündigungsverfahrens angeregt werde ²⁾.

Volkmar hingegen will in diesen Fällen von dem Gedanken des Rechtsschutzinteresses ausgehen und sagt, daß ein solches fehle, wenn eine Partei die Gerichte frivol belästigt und will deshalb aus diesem Gesichtspunkt die beabsichtigte Einleitung eines Prozesses verweigern ³⁾.

1) So LArbG Gleiwitz, ArbRSamml 23, II Abt., S. 145; LArbG Nürnberg-Fürth, ArbRSamml 23, II. Abt., S. 147 = JW 35, 1363 (32); ArbG Hindenburg, JW 35, 1363 (33).

2) Roquette, Anm. in JW 35, 1364; so auch Staudinger, § 226 BGB, Anm. 12 und Kip, aaO, S. 102.

3) Volkmar, Anm. in ArbRSamml 23, II. Abt., S. 146.

Unsere Stellungnahme zu den aufgeführten Meinungen ergibt sich zum Teil aus den bereits gemachten Ausführungen. Die Behandlung einer querulatorischen Klage unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzbedürfnisses einzuordnen, ist nicht möglich. Denn man kann nicht zwei Arten von Rechtsschutzinteresse unterscheiden, eines, das bereits vor der Einleitung eines Verfahrens - also als Prozeßbedingung - geprüft wird, und ein anderes, über das durch Prozeßurteil zu entscheiden ist. Das Rechtsschutzbedürfnis ist, wie ausgeführt, einheitlich als Sachurteilsvoraussetzung zu behandeln. Selbst wenn man mit Schönke bejahen wollte, daß das Rechtsschutzbedürfnis auch Prozeßhandlungsvoraussetzung sei ¹⁾, würde sich an dieser Behandlung nichts ändern. Es würde nämlich dann, wie auch die anderen Prozeßhandlungsvoraussetzungen unter der Ordnungsmäßigkeit der Klageerhebung ebenfalls erst als Sachurteilsvoraussetzung im Formalprozeß behandelt werden müssen ²⁾. Damit ist aber auch zugleich der von Roquette vorgeschlagene Weg, einen Querulanten als eine prozeßunfähige Person zu behandeln und damit seine Klage unbeachtlich zu lassen, als nicht möglich gekennzeichnet. Denn die Prozeßfähigkeit ist - wie dargelegt - kein Kriterium, das den Richter von seiner Pflicht, bei der Einleitung eines beabsichtigten Verfahrens mitzuwirken, befreit. Dieser Weg ist neben den dogmatischen Bedenken aber auch schon aus praktischen Gesichtspunkten abzulehnen. Denn bei weitem sind nicht alle Querulanten zugleich geisteskrank und der umständliche Weg über ein Entmündigungsverfahren würde vielfach nicht zu dem angestrebten Ziele führen.

Aber auch das Argument, daß geisteskranke Personen nicht zur mündlichen Verhandlung zugelassen werden müssen und deshalb die richterliche Mitwirkung zur Einleitung eines Verfahrens bei Klagen solcher Personen verweigert werden

1) Schönke, Rechtsschutzbedürfnis, S. 57 ff.

2) vgl. § 4 III 2 dieser Abhandlung.

könne, ist nicht geeignet, einen Weg in der aufgeworfenen Problematik zu ebnen. Gem. § 157 Abs. II ZPO kann zwar das Gericht Parteien, Bevollmächtigten und Beiständen, die nicht Rechtsanwälte sind, den weiteren Vortrag durch eine unanfechtbare Anordnung untersagen, wenn ihnen die Fähigkeit zum geeigneten Vortrag mangelt. Die Anwendung dieser Vorschrift ist jedoch nach ihrem eindeutigen Wortlaut nur innerhalb der mündlichen Verhandlung möglich, nicht aber außerhalb derselben, namentlich nicht bei der Einreichung von Schriftsätzen ¹⁾.

Wenn nun das Gericht gegenüber Klagen von Querulanten, die durch die Zahl ihrer unsachgemäßen, zweckwidrigen und wirren Eingaben die Arbeitskraft der Gerichte in einzelnen Sachen sehr in Anspruch nehmen können, nicht völlig machtlos sein soll, muß aus dem Gesichtspunkt der mißbräuchlichen Inanspruchnahme der Rechtspflegeorgane ein Weg gesucht werden. Dabei erscheint aber der von der Rechtsprechung aus dem materiellen Recht übernommene Grundsatz des Schikaneverbots in der Anwendung auf das Prozeßrecht zweifelhaft. Denn Zivilprozeßrecht und materielles Privatrecht haben verschiedene Ziele und Denkweisen, deshalb auch verschiedene Begriffe, mögen diese auch den gleichen Namen tragen. Die Übernahme der Normen aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch auf den Zivilprozeß ist grundsätzlich abzulehnen, da die Mängel von Gerichts- und Parteihandlungen ganz andere Folgen auslösen, als die Mängel bei Rechtsgeschäften ²⁾. Die entsprechende Anwendung des § 226 BGB für die Einleitung und Führung eines Rechtsstreits ist deshalb kein zu billigender Weg, zumal die Norm des § 226 BGB selbst schon sehr unglücklich formuliert ist ³⁾. Sie ist aber auch nicht notwendig.

1) Wieczorek, § 157 A I; Baumbach-Lauterbach, § 157 2) B; KG, JW 36, 1547 ff.

2) vgl. dazu Rosenberg, § 1 IV 3.

3) So auch OLG München, BayZ 33, 346; Staudinger, § 226 BGB, Anm. 12; vgl. auch Rosenberg, § 61 VI.

Ohne Rücksicht auf die Bestimmung des § 226 BGB ist das Belieben einer Person, nach ihrem Willen über ein ihr zustehendes Recht zu verfahren, niemals unbegrenzt. So bestimmt Art. 2 GG, daß die freie Entfaltung der Persönlichkeit dort ihre Grenzen findet, wo Rechte anderer verletzt werden oder ein Verstoß gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz vorliegt. Diese allgemein gültigen Grenzen müssen aber auch für die Ausübung eines dem einzelnen zustehenden prozessualen Rechts auf Inanspruchnahme der Rechtspflege gelten. Dieses Recht findet da seine Schranke, wo übergeordnete und rechtlich geschützten öffentliche Interessen entgegenstehen, nämlich da, wo es mißbraucht wird. U.E. läßt sich eine entsprechende Behandlung von Querulanten nur aus dem Sinn und der Stellung der Rechtspflegeinstitutionen ableiten. Denn diese sind nicht dazu da, dieselbe unsinnige Klage eines Querulanten immer wieder neu nach den prozessualen Regeln zu behandeln, nur weil diesem ein formeller Anspruch auf Einleitung eines Verfahrens zusteht. Das wäre mit der Stellung des Gerichts im Rechtsstaat nicht vereinbar. Denn die Rechtspflegeeinrichtungen sind, wie das Kammergericht feststellt, nicht nur für den einzelnen, sondern mindestens in erster Linie um der Allgemeinheit willen geschaffen ¹⁾. Sie sollen neben der Hilfe, die sie dem einzelnen zur Durchsetzung seines Rechtes angedeihen lassen müssen, vor allem dem Rechtsfrieden und der Rechtssicherheit dienen. Wenn aber das Gericht dem Rechtsuchenden bereits Rechtsschutz gewährt und gegebenenfalls über mehrere Instanzen eine Entscheidung gefällt hat, kann es nicht immer wieder aufs neue mit der bereits entschiedenen Sache belästigt werden. Dort wo die Einsicht für die Gebundenheit des einzelnen an die Interessen der Gemeinschaft fehlt, wird ein formell bestehendes Recht miß-

1) KG, JW 36, 1548; vgl. auch Seydel, Helmut, Gedanken zur Neugestaltung des Zivilprozesses, DR 35, S. 504 ff.

braucht. Aus diesen Gründen besteht der Anspruch auf Rechtspflege - wie jedes andere Recht - für den einzelnen nur insoweit, als er mit seinem Recht nicht offensichtlich Mißbrauch treibt. Wo aber das der Fall ist, braucht der Richter bei der Einleitung des Verfahrens nicht mitzuwirken ¹⁾.

Es ist selbstverständlich, daß die Verweigerung der Einleitung eines Urteilsverfahrens, weil es von einem Querulanten beantragt wird, nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen notwendig und möglich ist. Die von uns hier behandelte querulatorische Klage ist deshalb scharf zu trennen von der aussichtslosen oder mutwillig erhobenen Klage, wie sie Schönke bezeichnet, wenn z.B. eine Klage ohne jeden Beweis erhoben wird oder wenn auf Grund einigermaßen sicherer Feststellungen erkannt werden müßte, daß für sie keine Aussicht auf Erfolg besteht ²⁾. In diesen Fällen wird das Gericht nur mutwillig, d.h. leichtfertig angegangen, aber nicht in dem von uns behandelten Sinne mißbraucht. Die von der aufgeführten Rechtsprechung herangezogene Analogie des § 226 BGB stellt mehr oder weniger auf die dem Beklagten zugefügte Schikane ab und trennt deshalb nicht zwischen der aussichtslosen und der querulatorischen Klage, da in beiden Fällen der Beklagte belästigt, unter Umständen "schikaniert" wird.

In den Entscheidungen wird auch wiederholt von "so unbegründeten Klagen" ³⁾ und von einer von "vornherein unbegründeten und aussichtslosen Sache" ⁴⁾ gesprochen, die die "Ablehnung der Terminsanberaumung" rechtfertigen soll. Die Unbegründetheit oder Aussichtslosigkeit einer Klage kann aber in keinem Fall die Verweigerung der Ein-

1) So wohl auch Baumbach-Lauterbach Einl. III 6 B; KG, JW 36, 1548. - Im Ergebnis zustimmend Schönke, Zivilprozeßrecht, S. 157; Schönke-Schröder-Niese, § 46 I 1c; Nikisch, S. 167.

2) Schönke, Rechtsschutzbedürfnis, S. 34.

3) ArbG Hindenburg, JW 35, 1364.

4) LArbG Nürnberg, ArbGSamml 23, II. Abt., S. 147.

leitung des beantragten Verfahrens rechtfertigen. Denn auch bei einer solchen Klage hat der Kläger einen Anspruch darauf, daß er auf Grund einer ordentlichen Verhandlung, welche ihm die Möglichkeit zur Vertretung seines Rechtsstandpunktes und zur Wahrung seiner Belange gibt, ein Urteil des Gerichts erhält ¹⁾. Die Belästigung des Beklagten muß dabei in Kauf genommen werden. Bei der querulatorischen Klage kann deshalb auch nicht auf den "Rechtsmißbrauch" gegenüber dem Beklagten abgestellt werden ²⁾, sondern allein auf den Mißbrauch der staatlichen Einrichtungen, den "Rechtspflegemißbrauch". Somit kann eine Klage, wenn sie zum ersten Mal erhoben wird, sei sie noch so aussichtslos, nicht als querulatorisch behandelt werden, mag dadurch auch der Beklagte "schikaniert" werden.

Ein Mißbrauch des Gerichts liegt nur vor, wenn es bereits in der von dem Rechtsuchenden beantragten Weise tätig geworden ist, dieser sich aber um die für ihn ungünstige Entscheidung gar nicht kümmert, sondern das Gericht mit den gleichen sinnlosen Anträgen immer wieder neu belästigt. Das Gericht müßte in diesen Fällen je nach der Hartnäckigkeit des Querulanten ein Verfahren wiederholt einleiten und durch Urteil entscheiden. Das aber ist nicht der Sinn der Rechtspflege.

Für die Zurückweisung einer querulatorischen Klageschrift muß jedoch die Anforderung gestellt werden, daß der Rechtspflegemißbrauch offensichtlich ist. Wann dieser Umstand gegeben ist, muß der Entscheidung des Einzelfalles vorbehalten bleiben, keinesfalls genügt aber bereits das Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung. Wir sind uns darüber im klaren, daß die Geschicklichkeit gewisser Querulanten die gleiche abgewiesene Klage anders

1) So LArbG Hamburg, ArbRSamml 28, S. 77.

2) So die unter der Anm. 1) S. dieser Abhandlung zitierten Entscheidungen; offensichtlich auch Roquette Anm. in JW 35, 1363.

"frisiert" von neuem zu erheben, in der Praxis nicht unterschätzt werden darf. Aber der aufgezeigte Weg soll wenigstens in besonders krassen Fällen ein Mittel gegen die mißbräuchliche Inanspruchnahme der Gerichte darstellen.

Dritter Teil

§ 11. Die Pflicht des Richters zur Einleitung des vom Kläger beantragten Verfahrens

Wenn die Mindestvoraussetzungen eines Urteilsverfahrens vorliegen, ein Schriftsatz bei Gericht eingereicht ist, der als Klage behandelt werden kann, zwei Parteien existieren und der Beklagte der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegt, ist nach unseren Ausführungen die Einleitung eines Zivilprozesses möglich. Es ist nun die Frage zu beantworten, ob der Richter beim Vorliegen dieser Bedingungen in jedem Fall bei der Eröffnung eines Prozesses mitwirken muß, mit anderen Worten, ob der Kläger dann einen Anspruch auf ein Urteilsverfahren hat und ob er nicht in seinen prozessualen Rechten verletzt wird, wenn seiner beabsichtigten Klage ohne mündliche Verhandlung die Zulassung in den von uns aufgezeigten Fällen verweigert wird.

I. Der Anspruch auf Rechtspflege bei Einreichung einer Klageschrift

Dem Monopol des Staates auf dem Gebiet der Rechtspflege entspricht die Pflicht, dem Rechtsuchenden, dem die Selbsthilfe untersagt ist, staatliche Rechtspflegeeinrichtungen zur Verfügung zu stellen und ihm deren Gebrauch zu garantieren. Die Lehre vom alten Rechtsschutzanspruch, wie ihn vor allem Wach, Hellwig und Richard Schmidt vertreten haben, wird heute mit Recht fast allgemein abgelehnt ¹⁾. Es ist das Verdienst Goldschmidts, den öffent-

1) vgl. dazu Rosenberg, § 2 II 3a; Nikisch, S. 6 ff.; Habscheid, Walter, Der Anspruch auf Rechtspflege, ZZP 67, 188 ff.; Baur, Fritz, Der Anspruch auf rechtliches Gehör im Zivilprozeß, ArchZivPrax 153, 396.

lich-rechtlichen Charakter des sich für den einzelnen ergebenden Anspruchs erkannt und über den auf die Lehre von Wach zurückgehenden Rechtsschutzanspruch, der beim Vorliegen der formellen und materiellen Voraussetzungen dem Kläger einen Anspruch auf ein günstiges Urteil zubilligte, hinausgeführt zu haben ¹⁾. Auf dieser Grundlage hat die moderne Rechtslehre den Anspruch auf Rechtspflege herausgearbeitet, der jedoch mit dem alten Rechtsschutzanspruch - dem Recht einer Partei auf eine günstige Entscheidung - nichts gemein hat. Die in der Literatur gebrauchten verschiedenen Bezeichnungen wollen dabei im Grunde genommen das gleiche ausdrücken. Der von Eberhard Schmidt ausgeführte "Anspruch auf Justizgewährung" ²⁾ will grundsätzlich nichts anderes umschreiben als das "Klagerecht" Nikischs ³⁾ oder der "Justizanspruch" Rosenbergs ⁴⁾. Meinungsverschiedenheiten bestehen jedoch darüber, wann dieser Anspruch entsteht, worauf er im konkreten Fall hinausläuft und wie er erfüllt wird. Die Klärung dieser Frage aber ist für die vorliegende Arbeit von Bedeutung, da der Anspruch auf Rechtspflege aktuell wird, wenn das Gericht sich weigert, ein beantragtes Urteilsverfahren einzuleiten, indem er die Anberaumung eines Termins zur mündlichen Verhandlung und die Zustellung der Klageschrift versagt.

Wenn Habscheid meint, dem Staatsbürger erwachse ein Rechtspflegeanspruch erst dann, wenn er durch ein Gericht in seinen Grundrechten beeinträchtigt wird ⁵⁾, so stößt diese Ansicht mit Recht auf Widerspruch. Denn ein Recht

-
- 1) Goldschmidt, James, Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht, Festschrift für Heinrich Brunner, München und Leipzig, 1914, S. 131; ders., Prozeß als Rechtslage, S. 78, 138 und 263.
 - 2) Schmidt, E., Lehrkommentar, S. 29; desgl. Sax, W., Das unrichtige Sachurteil als Zentralproblem der allgemeinen Prozeßrechtslehre, ZZP 67, 21.
 - 3) Nikisch, S. 9.
 - 4) Rosenberg, § 2 II 3a.
 - 5) Habscheid, aaO, ZZP 67, 188 ff.

oder ein Anspruch bestehen unabhängig davon, ob sie verletzt werden oder nicht. Überzeugen kann aber auch nicht die Meinung Lents, der Anspruch gegen den Staat auf Gewährung von Rechtsschutz entstehe vor dem Prozeß und unabhängig davon ¹⁾.

Der in Art. 103 Abs. I GG für das ganze Prozeßrecht niedergelegte Grundsatz des rechtlichen Gehörs soll neben der Garantie eines bereits laufenden Verfahrens vor allem auch das Recht zum Verfahrensanstoß sichern. Im Zivilprozeß leitet der Richter aber nicht von Amts wegen ein Erkenntnisverfahren ein, sondern er wird nur auf Verlangen des Rechtsuchenden tätig. Erst wenn dieser durch eine Erwirkungshandlung mit dem Gericht in Berührung kommt, entsteht für den Richter die Pflicht, sich mit dem Gesuch des Rechtsuchenden zu befassen und erst mit diesem Zeitpunkt entsteht auch für den Kläger ein Anspruch auf Rechtspflege.

Die wichtigste Form des Rechtsschutzgesuchs im Zivilprozeß ist die Klage, mit der die Einleitung eines Erkenntnisverfahrens beabsichtigt ist. Wie nun Groh richtig feststellt, entsteht der Anspruch des Klägers auf Abwicklung eines ordentlichen Erkenntnisverfahrens nicht schon mit der Klageeinreichung ²⁾. Durch die Einreichung der Klageschrift hat der Kläger zunächst nur einen Anspruch auf Tätigwerden des Gerichts, entsprechend den prozessualen Regeln über die Einleitung eines Urteilsverfahrens, nicht aber unmittelbar ein Recht auf die von ihm beabsichtigte mündliche Verhandlung mit dem Beklagten. Denn Art. 103 Abs. I GG gibt nicht einen Anspruch, daß nur in einer bestimmten Verfahrensart, etwa darauf, daß nur auf Grund mündlicher Verhandlung entschieden wird, sondern nur das Recht, vor Gericht Anträge zu stel-

1) Lent, S. 99.

2) Groh, Wilhelm, Der Anspruch auf Rechtspflege, ZJP 51, 154.

len und Ausführungen zu machen ¹⁾. Das angerufene Gericht hat dann die Pflicht, die den Anträgen und Ausführungen nach Maßgabe des objektiven Rechts entsprechenden Rechtspflegeakte vorzunehmen.

Auf den als Klage beabsichtigten und eingereichten Schriftsatz hin, kann das Gericht die zur Einleitung eines ordentlichen Urteilsverfahrens notwendigen Schritte nur veranlassen, wenn der Schriftsatz auch als Klage behandelt werden kann. Denn eine Klageerhebung ist, wie dargelegt, nur möglich, wenn der eingereichte Schriftsatz gewissen Mindestanforderungen entspricht und die sonstigen Prozeßbedingungen gegeben sind. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so wird der Kläger in seinem Anspruch auf Rechtspflege nicht verletzt, wenn die von ihm beabsichtigte Klage als zur Einleitung eines Zivilprozesses untauglich zurückgewiesen wird. Es ist deshalb nicht richtig zu sagen, daß der durch die Klageeinreichung ausgelöste Anspruch auf Rechtspflege dadurch erfüllt wird, daß der Vorsitzende Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt ²⁾. Vielmehr kann er auch schon durch eine Entscheidung des Gerichts, daß ein Verfahren nicht eingeleitet werden kann, also die Terminsanberaumung und Zustellung verweigert wird, erfüllt sein. Wenn aber die Prozeßbedingungen vorliegen, hat der Kläger einen Anspruch auf die Eröffnung eines ordentlichen Erkenntnisverfahrens, auch wenn seine Klage mangelhaft ist, sei es, daß sie nicht ordnungsgemäß erhoben, sei es, daß er prozeß- bzw.

1) BVerfG, Beschl. v. 13.11.56, NJW 57, 17; andererseits kann eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darin liegen, daß z.B. ein Finanzgericht den Antrag auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung ablehnt, obwohl die Abgabenordnung als maßgebendes Verfahrensgesetz eine mündliche Verhandlung nicht vorschreibt, wie eine zu billigende Entscheidung des Bundesfinanzhofs zum Inhalt hat, JZ 54, 300; vgl. dazu auch Prager, Franz, Das beiderseitige Gehör im Zivilprozeß, ArchZivPrax 133, 161: "Das rechtliche Gehör darf mit der mündlichen Verhandlung nicht gleichgesetzt werden."

2) So Groh, aaO, ZZP 51, 148.

parteiunfähig ist oder eine andere Sachurteilsvoraussetzung fehlt ¹⁾. Mit der Klageerhebung, d.h. mit der Rechtshängigkeit der Streitsache, entsteht dann auch das Recht des Klägers auf die Abwicklung eines ordentlichen Erkenntnisverfahrens, also auf eine mündliche Verhandlung und das diese Verhandlung abschließende Urteil.

Somit gibt es im Zivilprozeß bei der Einreichung des als Klage beabsichtigten Schriftsatzes nicht einen Anspruch auf eine mündliche Verhandlung schlechthin, sondern nur ein Recht des Klägers auf Erledigung des von ihm eingereichten Rechtsschutzgesuches nach den prozessualen Regeln ²⁾. Wo aber das Fehlen der Prozeßbedingungen die Einleitung eines ordentlichen Verfahrens unmöglich macht, kann auch kein Anspruch darauf bestehen.

II. Das Mündlichkeitsprinzip

Im Zivilprozeß gilt gemäß § 128 Abs. I ZPO das Prinzip der Mündlichkeit, das zum Inhalt hat, daß ohne mündliche Verhandlung über einen Rechtsstreit grundsätzlich keine Entscheidung gefällt werden darf.

Dieses Verfahrensprinzip ist nun im geltenden Zivilprozeß in verschiedener Hinsicht eingeschränkt. Die prozessualen Vorschriften lassen in einigen Fällen ausdrücklich eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung zu oder stellen sie in das Ermessen des Gerichts ³⁾. Die ausnahmslose Durchführung der Mündlichkeit, wie sie in der Reichszivilprozeßordnung von 1877 vorgesehen war, ließ sich im modernen Prozeß nicht halten, da dieselbe zu einem starren, mit der Prozeßökonomie nicht zu vereinbarenden

1) vgl. dazu Röhl, Hellmut, Das rechtliche Gehör, NJW 58, 1268.

2) Nikisch, S. 9.

3) Für die einzelnen Fälle der Einschränkung sei auf die Zusammenstellung bei Schönke-Schröder-Niese, § 9 I 2, verwiesen.

Formalismus geführt hätte. Die verschiedentliche Durchlöcherung des Grundsatzes beinhaltet aber die Gefahr, daß dieser überhaupt infrage gestellt wird. Die extremste Formulierung für diese Tatsache hat Kip in seiner Abhandlung "Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip" geprägt, indem er als Resultat feststellt: "Gesetzgebung und Praxis haben das Mündlichkeitsprinzip inzwischen wieder beseitigt. Daher wird auch der Begriff des Mündlichkeitsprinzips aus der Reihe der Prozeßmaximen zu streichen sein". ¹⁾

Zwar sind Verfahrensgrundsätze keine absoluten Werte, sondern vom Gesetzgeber für richtig befundene Richtlinien zur Erreichung des ihm vorschwebenden Zieles einer geordneten Rechtspflege oder eines Teils derselben ²⁾. Aber deswegen kann ein im Gesetz fundierter Grundsatz nicht schlechthin übergangen werden, weil schließlich die Rechtsprechung diesen Grundsatz beachten muß. So wird denn auch die Folgerung Kips zu Recht von der fast allgemeinen Lehre als weit über das Ziel hinausgeschossen abgelehnt ³⁾. In der Literatur findet man überwiegend die Feststellung, daß trotz der verschiedenen Einschränkungen der Mündlichkeitsgrundsatz aufrechtzuerhalten ist ⁴⁾.

Der in früherer Zeit und heute noch von Schönke-Schröder-Niese vertretene Auslegungssatz, daß in allen Fällen, in denen das Gesetz nicht das Gegenteil vorschreibt, die mündliche Verhandlung notwendig sei ⁵⁾, läßt sich allerdings in dieser Allgemeingültigkeit nicht mehr halten ⁶⁾.

1) Kip, Hans-Gerhard, Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip, Berlin-Köln 1952, S.156.

2) Baur, Fritz, Die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung im Zivilprozeß, ZZP 66, 209.

3) vgl. die Buchbesprechung von Wilhelm Meiss, ZZP 66, 239 und vor allem Cranz, Werner, Der Grundsatz der Mündlichkeit im Zivilprozeß, DRiZ 53, 41 ff.

4) Lent, S. 68 ff.; Baumbach-Lauterbach, Übers. § 128, 1) A; Rosenberg, § 64 I 2.

5) Schönke-Schröder-Niese, § 9 Ic.

6) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 128 I; Baumbach-Lauterbach, Übers. § 128 1) B.

Wo das Gesetz keine Mündlichkeit vorschreibt, ist vielmehr zu prüfen, ob sie im Geiste des Gesetzes sinnvoll ist. So hat der Gesetzgeber die Anordnungen, die in das Gebiet der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung fallen, gemäß § 272 ZPO ohne nähere Verfahrensbestimmungen in die Hand und das Ermessen des Vorsitzenden gelegt. Die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung kann aber ihrerseits nicht auch unter dem Mündlichkeitsprinzip stehen. Diesem unterliegt deshalb auch nicht die bei Zweifeln notwendige Prüfung, ob die Prozeßbedingungen vorliegen, da damit ja gerade erst die Frage beantwortet werden soll, ob überhaupt eine mündliche Verhandlung stattfinden kann. Dagegen ist über das Vorliegen der Sachurteilsvoraussetzungen immer mündlich zu verhandeln, auch wenn der Mangel einer solchen nach Ansicht des Gerichts feststehen sollte. Denn der in § 128 Abs. I ZPO niedergelegte Grundsatz der Mündlichkeit gilt wegen der Einheitlichkeit des Urteilsverfahrens sowohl für die Verhandlung und Feststellung des materiellen Anspruchs wie auch für die formellen Voraussetzungen, die Sachurteilsvoraussetzungen, von denen eine Verhandlung und Entscheidung zur Sache abhängig ist.

Wenn es auch, wie Lent ausführt, noch nicht gelungen ist, aus dem zwischen durchgeführter Mündlichkeit und dem dadurch verursachten Zeitverlust einen Mittelweg zu finden, der die mündliche Verhandlung weder zu einer bloßen Fiktion noch zu einer Zeitvergeudung macht ¹⁾, so ist die Beschreitung eines neuen Weges doch nicht in erster Linie Aufgabe der Rechtsprechung ²⁾, sondern der Gesetzgebung. Theorie und Praxis aber werden dem Gesetzgeber zu einer weiteren Einschränkung des Mündlichkeitsprinzips nur dann Anregung geben, falls diese für die prozeßökonomische Durchführung eines Verfahrens notwendig erscheint. De lege lata läßt sich jedenfalls sagen, daß der Grundsatz der

1) Lent, Friedrich, Die Entwicklung des Zivilprozeßrechts seit der Reform von 1924, NJW 58, 653.

2) Diese Meinung vertritt anscheinend Kip, aaO, S. 101.

Mündlichkeit trotz verschiedentlicher Einschränkungen nach wie vor den Kern unseres Zivilprozeßverfahrens bildet. Der einzelne Rechtsuchende hat einen Anspruch darauf, daß seine beabsichtigte Klage nach den geltenden Verfahrensvorschriften behandelt, also auch über die formellen Voraussetzungen einer wirksamen Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch mündlich verhandelt wird, soweit nur die Einleitung eines ordentlichen Erkenntnisverfahrens möglich ist. Der Richter aber hat grundsätzlich die gesetzliche Pflicht, die Klage bei Vorliegen der von uns aufgezeigten Mindestvoraussetzungen als solche nach den prozessualen Regeln zu behandeln und bei der Einleitung eines ordentlichen Zivilprozesses mitzuwirken. Der Anspruch des Klägers auf Rechtspflege und die Pflicht des Gerichts, diesem Anspruch gerecht zu werden, finden allerdings dort ihre Grenzen, wo die Rechtspflegeorgane mißbraucht werden, wie dies für den Fall der Querulantenklage herausgestellt wurde.

§ 12. Die Verhinderung der Einleitung sinnloser Prozesse

Das Erkenntnisverfahren, das das Gericht beim Vorliegen bestimmter Mindestvoraussetzungen auf Verlangen des Klägers einleiten muß, kostet dem Staat und den Parteien viel Arbeitsaufwand, Zeit und Geld. Besonders für den Beklagten, der meist gegen seinen Willen vor die Gerichtsschranken geladen wird, stellt es eine erhebliche Belästigung dar, die in seinen Augen nur gerechtfertigt ist, wenn ihn ein Verschulden trifft und er schließlich verurteilt wird. Deshalb ist die Verhinderung unüberlegt und unrichtig begonnener oder geführter Prozesse vom Standpunkt des Staatswohls, der Rechtspflege und der prozeßführenden Parteien gleich wünschenswert. Die Tätigkeit des Gerichts soll nicht ohne die Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit, daß der erstrebte Zweck auch wirklich erreicht wird, in Anspruch genommen werden.

I. Der Schutz der Zivilgerichte vor nutzlosen Prozessen

In den meisten Verfahrensvorschriften finden sich Bestimmungen, die den Beginn eines Prozesses von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen. Diese Vorschriften dienen als Filter, durch den nutzlose Prozesse abgehalten und vermieden werden sollen.

Liegen z.B. gegenüber dem Angeschuldigten im Strafprozeß nicht genügend Verdachtsmomente vor, so hat das Gericht die Möglichkeit, durch den Nichteröffnungsbeschluß des § 204 StPO ein voraussichtlich erfolgloses Hauptverfahren abzulehnen.

Die öffentlich-rechtlichen Verfahrensarten kennen den Vorbescheid, durch den unnötige mündliche Verhandlungen vermieden werden, wenn die Klage aus prozessualen Gründen von vornherein keine Aussicht auf Erfolg hat ¹⁾.

Im kostenlosen Sozialgerichtsverfahren stellt außerdem der § 192 SGG einen Schutz vor mutwilligen Klagen dar, da durch diese Vorschrift dem Kläger die Kosten auferlegt werden können, wenn er sie durch Mutwillen, Verschleppung oder Irreführung verursacht hat.

Im Zivilprozeßverfahren sind die Voraussetzungen zur Eröffnung eines Verfahrens zunächst finanzieller Art. Der Termin zur mündlichen Verhandlung soll gemäß § 74 Abs. II GKG auf Grund der Klage erst nach Zahlung der erforderlichen Prozeßgebühr bestimmt werden. Wer außerstande ist, die Kosten eines Prozesses zu bestreiten, kann einen Antrag auf Bewilligung des Armenrechts stellen (§§ 114 ff. ZPO). Da im Armenrechtsverfahren die Rechtsverfolgung auf ihre Aussichten hin geprüft wird, besteht die Möglichkeit, aussichtslosen Klagen das

1) § 105 SGG und § 55 BayrVGG bestimmen sogar, daß eine Klage durch Vorbescheid abgewiesen werden kann, wenn sie "offenbar unbegründet" ist. Vgl. auch § 85 des Entwurfs zur VGO und § 71 des Entwurfs zur FGO.

Armenrecht zu versagen und damit die Partei von der Einleitung eines nutzlosen Prozesses abzuhalten. Im Arbeitsgerichtsverfahren besteht dagegen diese Möglichkeit nicht, da gem. § 12 Abs. IV ArbGG Kostenvorschüsse nicht erhoben werden und demgemäß der Kläger gegebenenfalls auch seine Ansprüche nicht erst im Armenrechtsverfahren prüfen lassen muß.

Eine sehr wichtige Rolle bei der Freihaltung der Gerichte von sinnlosen Verfahren nimmt darüber hinaus aber der Rechtsanwalt ein. Seine Aufgabe liegt nicht nur darin, den Parteien zur Durchsetzung ihrer Ansprüche zu verhelfen, sondern auch in der Fürsorge gegenüber dem Gericht, aussichtslose Prozesse durch eine entsprechende Beratung der prozeßfreudigen Parteien fernzuhalten ¹⁾. Auch vor den Amtsgerichten, bei denen kein Anwaltszwang herrscht, liegt heute die Prozeßführung überwiegend in den Händen von Anwälten, während jedoch das Auftreten der Rechtsanwälte vor den Arbeitsgerichten nach § 11 Abs. I ArbGG erschwert ist, so daß hier dieser Schutz nicht voll wirksam wird.

Die Stellung der Rechtsanwälte als Rechtspflegeorgane, die aussichtslose Prozesse unterbinden helfen, macht sich natürlich da am stärksten bemerkbar, wo Anwaltszwang herrscht, nämlich gemäß § 78 ZPO und § 11 Abs. II ArbGG vor den Landgerichten, den Landesarbeitsgerichten und allen Gerichten des höheren Rechtszugs. Die Erhebung einer erstinstanzlichen Klage beim Oberlandesgericht, wie sie von mehreren Autoren als Grund für die Verweigerung der Terminsbestimmung genannt wird ²⁾, kommt deshalb äußerst selten vor. Denn ein Rechtsanwalt wird kaum eine solche Klage vor dem Oberlandesgericht erheben. Wird aber ein Klageschriftsatz von einer postulationsunfähigen Partei dort eingereicht, so muß die Einleitung

1) vgl. den Vorspruch zur RAO v. 21.2.1936: "... kein Gewerbe, sondern Dienst am Recht."

2) Lent, S. 108; Rosenberg, § 91 I 2; Hoche, S. 19.

eines Verfahrens deswegen verweigert werden, weil der Schriftsatz - wie ausgeführt - nicht von einem zugelassenen Anwalt unterzeichnet ist.

In Schwierigkeiten können eigentlich nur die Amtsgerichte kommen, wenn Parteien dort Klagen einreichen, die sachlich in erster Instanz vor die Landgerichte gehören. Aber auch bei solchen Klagen wird es kaum zu einer "Klageerhebung" kommen, wenn das Gericht die Parteien aufklärt. Welche Möglichkeiten dem angegangenen Prozeßgericht hierbei bereits vor der Zustellung der Klageschrift an den Beklagten zur Verfügung stehen, um bei der Vermeidung schon formell aussichtsloser Klageerhebungen mitzuwirken, wird im folgenden aufgezeigt.

II. Das "Vorverfahren" im Zivilprozeß

Dem Interesse der Zivilgerichte, nutzlose mündliche Verhandlungen zu vermeiden, hat der Gesetzgeber vor allem durch die Novellen vom 13.2.1924 ¹⁾ und vom 27.10.1933 ²⁾ Rechnung getragen, indem er die richterlichen Befugnisse bei der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung und bei deren Verlauf erweiterte und die Herrschaft über den äußeren Fortgang des Prozesses in die Hände des Gerichts legte ³⁾. Ein wesentlicher Bestandteil dieser Novellen ist die Bestimmung des § 272 b ZPO, der im Zusammenhang mit der richterlichen Frage- und Aufklärungspflicht des § 139 ZPO eine Konzentration des Verfahrens ermöglicht und dadurch zwecklose mündliche Verhandlungen vermeiden hilft.

Wenn auch der § 139 ZPO seinem Wortlaut nach zunächst

1) RGBl 1924, S. 135 - 150

2) RGBl 1933, I, S. 780 ff.

3) vgl. dazu vor allem Schmidt, Richard, Wandel des Erkenntnisverfahrens im Zivilprozeß der Nachkriegszeit, ZZP 61, 253 ff.; Lent, S. 74, 75.

nur für die mündliche Verhandlung vorgesehen war, so liegt seine entsprechende Anwendung auch außerhalb der mündlichen Verhandlung nach heute allgemeiner Ansicht durchaus im Sinne des Gesetzes ¹⁾. Der Richter soll gleich nach der Einreichung der Klageschrift aktiv eingreifen, um von vornherein dem angestrebten Prozeß eine für die Parteien und das Gericht prozeßökonomische Behandlung angedeihen zu lassen ²⁾. Deshalb besteht die richterliche Aufklärungsmöglichkeit und -pflicht bereits nach der Einreichung der Klageschrift. In gleicher Weise können auch die Anordnungen gemäß § 272 b ZPO, die der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung dienen, bereits unmittelbar nach der Einreichung der Klageschrift, also vor der Terminsanberaumung getroffen werden, da § 272 b Abs. II ZPO lediglich bei der unter Nr. 4 und 5 bezeichneten Vorbereitungsart davon ausgeht, daß der Beklagte dem Klageanspruch bereits widersprochen haben soll ³⁾. Leider wird von den in den §§ 272 b, 139 ZPO gebotenen Möglichkeiten in der Praxis nur zurückhaltend Gebrauch gemacht, obwohl ihre Handhabung nach dem Gesetz eine Pflicht des Gerichts ist ⁴⁾. In den Entscheidungen des Reichsgerichts findet man öfter den Hinweis, das richterliche Fragerecht solle der Klage nicht erst den Weg bereiten, auf dem sie Aussicht auf Erfolg haben könne. Der Richter habe die Parteien nicht zu beraten ⁵⁾. Doch gilt diese zu billigende Einschränkung der Aufklärungspflicht in erster Linie für die Stellung der erforderlichen Sachanträge. Daß der Richter den Kläger auf das Fehlen bestimmter Sachurteilsvoraussetzungen aufmerksam machen muß, entspricht der Bestimmung des

1) Statt vieler Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 139 VI; Baumbach-Lauterbach, § 139 1); Zöllner, § 139 1).

2) Schmidt, R., aaO, ZZP 61, 258; Wieczorek, § 139 B I und § 253 F II a 1.

3) So auch Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 272 b II 1; Riedel, Erwin, Die Konzentrationsmaxime, DRiZ 52, 114; Baur, aaO, ZZP 66, 220; Wieczorek, § 253 F II b 2.

4) Baur, aaO, ZZP 66, 210.

5) z.B. RG, JW 37, 35; RGZ 91, 268; 106, 69.

§ 139 Abs. II ZPO und ist im Interesse der Rechtsprechung unbedingt erforderlich ¹⁾. Der Kläger soll nicht mit einer Abweisung der Klage durch Prozeßurteil überrumpelt werden ²⁾. Will z.B. eine Partei beim Amtsgericht eine Ehescheidungsklage zu Protokoll der Geschäftsstelle anbringen, so muß sie von dem betreffenden Rechtspfleger darauf aufmerksam gemacht werden, daß die Klage im Anwaltsprozeß vor dem Landgericht zu erheben ist. In gleicher Weise hat sich auch der Amtsrichter zu verhalten, dem eine derartige, schriftlich eingereichte Klage vorgelegt wird, denn ihm obliegt gemäß § 139 ZPO die Pflicht, die Partei aufzuklären. Sind etwa die Parteien im Klagerubrum nicht eindeutig bezeichnet, so wird der Richter auf eine Klarstellung der Parteiangaben hinzuwirken haben ³⁾. Er muß gegebenenfalls den Kläger darauf aufmerksam machen, daß ihm z.B. als nicht rechtsfähiger Verein die Parteifähigkeit fehlt oder veranlassen, daß der richtige gesetzliche Vertreter die Klage erhebt. Ist das Vorliegen einer Sachurteilsvoraussetzung zweifelhaft, so können sich die nach § 272 b ZPO möglichen Anordnungen auf die Klärung dieser prozessualen Frage erstrecken ⁴⁾. Ist also nicht sicher, ob z.B. die beklagte Partei partei- oder prozeßfähig ist, so muß der Kläger darauf aufmerksam gemacht werden und es können Anordnungen zur Klärung dieser Frage bereits vor der Terminsanberaumung ergehen. Im Falle der Unklarheit der Gerichtsunterworfenheit des Beklagten muß der Richter sogar von den amtlichen Aufklärungsmöglichkeiten des § 272 b Abs. II Nr. 2 ZPO von sich aus Gebrauch machen, bevor er die Klage zuläßt.

Der Hinweis, daß für die Terminsanberaumung nach Einreichung der Klageschrift gemäß § 216 Abs. II ZPO nur eine

1) Baumbach-Lauterbach, § 139 3); Wieczorek, § 139 B I.

2) OLG Kassel, NJW 49, 232; RGZ 103, 96; 169, 356.

3) RArbG, HHR 37, 702; BGH, NJW 52, 463.

4) Baur, aaO, ZZP 66, 220.

Frist von 24 Stunden vorgesehen sei und für ein "Vorverfahren" im aufgezeichneten Sinne bereits vor der Terminsbestimmung keine Zeit bestünde, kann u.E. kein Gegenteiliges Argument darstellen. Denn einmal handelt es sich bei den Zeiträumen, innerhalb deren die Gerichte nach dem Gesetz gewisse Geschäfte zu erledigen haben, nicht um eigentliche Fristen - sie werden im Gesetz auch nicht als Fristen bezeichnet - sondern nur um Angaben von Zeiträumen mit disziplinärem Charakter, deren Nichteinhaltung keine prozessualen Folgen hat. Zum ändern können solche uneigentlichen Fristen in der Praxis oft gar nicht eingehalten werden, wie z.B. die Urteilsverkündung innerhalb einer Woche nach Schluß der mündlichen Verhandlung gemäß § 310 ZPO. Desgleichen ist es in der Rechtsmittelinstanz gar nicht möglich, bereits innerhalb 24 Stunden nach Einlegung eines Rechtsmittels einen Verhandlungstermin anzuberaumen, da zuerst die Rechtsmittelbegründung abgewartet werden muß, weil vorher nicht feststeht, ob in notwendiger mündlicher Verhandlung zu verfahren ist oder nicht ¹⁾. Somit ist die Vorschrift des § 216 Abs. II ZPO, die in der Praxis häufig nicht eingehalten wird und auch nicht befolgt werden kann, nicht geeignet, das von uns ausgeführte "Vorverfahren" zur Vermeidung unrichtig begonnener Prozesse zu verhindern.

Wenn der Richter die Partei bereits vor der Terminsanberaumung und Zustellung der Klageschrift an den Beklagten auf formelle Mängel der beabsichtigten Klage hinweist - eine Notwendigkeit, die vor allem für das amtsgerichtliche Verfahren von Bedeutung ist - so hat sie die Möglichkeit, auf die vorgesehene Klage zu verzichten und sich selbst damit die Kosten eines unnützen Prozesses zu ersparen. Denn gem. § 35 GKG wird die Prozeßgebühr nicht erhoben, wenn die Klage vor der Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung "zurückgenommen" wird.

1) vgl. dazu Stein-Jonas-Schönke-Pohle, vor § 214 VI; Wleczorek, § 216 C I.

Dadurch wird aber auch dem vorgesehenen Beklagten eine Belästigung und dem Gericht wenigstens ein mündlicher Verhandlungstermin erspart. In den meisten Fällen wird auch eine Partei, die vor der Terminsanberaumung auf einen eindeutigen formellen Mangel ihrer Klageerhebung hingewiesen wird, von dieser - gegebenenfalls nach Beratung mit einem Anwalt - absehen oder sie in verbesserter Form wieder vorlegen. Besteht allerdings eine Partei trotzdem auf der Klageerhebung, so muß Termin anberaumt und die Klageschrift dem Beklagten zugestellt werden, mit Ausnahme der Fälle, in denen nach unseren Ausführungen die Einleitung eines Urteilsverfahrens nicht möglich ist.

§ 13. Die Entscheidung, durch die festgestellt wird, daß die Einleitung eines Urteilsverfahrens nicht möglich ist

I. Die Art der Entscheidung

Besteht der Kläger trotz der Aufklärung des Richters, daß eine zur Einleitung eines Verfahrens geeignete Klage nicht vorliege, auf seiner Klageerhebung, so fragt es sich, ob und in welcher Form das Gericht über das durch die Einreichung der Klageschrift gestellte Gesuch um Rechtsschutz zu entscheiden hat.

U.E. hat von vornherein die Ansicht auszuschneiden, daß sich das Gericht gar nicht zu äußern brauche. Wenn auch in der Literatur und Rechtsprechung vielfach davon gesprochen wird, daß z.B. die nicht in deutscher Sprache abgefaßte Klageschrift, die Klage gegen einen Gerichtsbefreiten oder eines Querulanten "unbeachtlich" sei, so besteht doch Einigkeit darüber, daß das Gericht die Eingabe des Gesuchstellers nicht einfach unbeantwortet las-

sen kann ¹⁾. Das Gericht schuldet auf das Gesuch eines Staatsbürgers - wie jede staatliche Behörde - eine Stellungnahme. Zudem wäre Schweigen, da es auch als mangelnde Bearbeitung ausgelegt werden könnte, nicht eindeutig und daher auch nicht zweckmäßig ²⁾.

Der Erlaß eines Urteils ist nicht möglich, da zu dem Zeitpunkt, in dem über das Gesuch auf Einleitung eines Verfahrens zu entscheiden ist, noch gar kein Urteilsverfahren anhängig ist. Das Recht auf Erlaß eines Urteils und die prozessuale Möglichkeit dazu entstehen erst mit der Durchführung der Klageerhebung, der Zustellung der Klageschrift an den Beklagten ³⁾. Kleinfeller bezeichnet es geradezu als das Wesen der durch die Klageerhebung begründeten Rechtshängigkeit, daß mit ihr ein Anspruch auf Urteilserlaß begründet wird ⁴⁾. Solange aber eine Klage nicht erhoben ist, kann über sie auch nicht durch Urteil entschieden werden ⁵⁾.

Den begrifflichen Gegensatz zum Urteilsverfahren bildet das Beschlußverfahren. Solange eine Klage nicht nach § 263 ZPO rechtshängig geworden ist, erschöpfen sich die richterlichen Entscheidungen, die die Einleitung eines Verfahrens betreffen, notwendigerweise in Beschlüssen und Verfügungen. Der Unterschied zwischen Beschluß und Verfügung liegt dabei grundsätzlich darin, daß ersterer in schriftlicher Form vom Kollegium erlassen wird, letztere dagegen formlos vom Vorsitzenden ergeht ⁶⁾. Nun steht gem. § 216 Abs. II ZPO die Terminsanberaumung dem Vorsitzenden zu. Dieser befaßt sich als erster mit der Klageschrift und setzt grundsätzlich den Termin für

-
- 1) Statt vieler Stein-Jonas-Schönke-Pohle, vor § 128 V 7 b.
 - 2) Schnorr von Carolsfeld, aaO, Anm. 27; vgl. auch § 35 Abs. II BayrVGG.
 - 3) Rosenberg, § 83 II 2.
 - 4) Kleinfeller, G., Das Wesen der Rechtshängigkeit, ZZP 55, 193 ff.
 - 5) Süß, aaO, ZZP 55, 276 ff., bes. S. 278.
 - 6) Schönke-Schröder-Niese, § 70 I 2b.

die erste mündliche Verhandlung fest.

Diese Tatsache veranlaßt die Autoren, die die Möglichkeit, einer Klage "die Zulassung zu verweigern", ablehnen, zu dem Argument, daß es nicht dem Vorsitzenden allein zuzustehen könne, über eine Frage, ob eine zur Eröffnung eines Verfahrens geeignete Klage vorliege, zu entscheiden ¹⁾. Diesem Argument müssen wir voll zustimmen, allerdings nicht mit der Konsequenz, daß deswegen der Mangel einer Prozeßbedingung nicht bereits vor der Terminsbestimmung und Zustellung der Klage festgestellt werden könnte. Es ist richtig, daß dem Vorsitzenden auf Grund seiner Prozeßleitungsbefugnis nicht eine so weitgehende und oft schwierige Entscheidung zusteht, ob etwa zwei Parteien existieren, der Beklagte der Gerichtsbarkeit unterworfen ist oder ob eine Klage als querulatorische behandelt werden kann. Solche Entscheidungen gehen eindeutig über das dem Vorsitzenden zustehende formelle Prozeßleitungsrecht, wie die Terminsanberaumung, die Leitung der Verhandlung, Beratung und Abstimmung etc., hinaus ²⁾. Doch haben wir herausgestellt, daß die Entscheidung darüber, ob die Einleitung eines ordentlichen Urteilsverfahrens möglich ist, nichts mit der Terminsbestimmung und einer besonderen Zulassung der Klage durch den Vorsitzenden zu tun hat. Vielmehr stellt diese eine selbständige richterliche Wertung dar. Bei dieser handelt es sich zwar auch um einen Akt der Prozeßleitung - es geht darum, ob

1) So Riezler, aaO, S. 320: "Die Bestimmung des Termins ist ein Prozeßleitungsakt, der nach § 216 Abs. II ZPO dem Vorsitzenden zusteht. Beim Ausspruch der "staatlichen Unzuständigkeit" dagegen handelt es sich nicht um einen bloßen Akt der Prozeßleitung, sondern um eine Sache der richterlichen Entscheidungsgewalt und diese steht nicht dem Vorsitzenden als solchen, sondern nur dem Gericht zu." - Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 216, II 2: "Auch der Amtsrichter hat bei der Terminsbestimmung keine weitere Aufgabe als der Vorsitzende des Kollegialgerichts."

2) vgl. bezgl. der Stellung des Vorsitzenden, Rosenberg, § 20 II 2a; Schönke-Schröder-Niese, § 16 IV 2.

überhaupt ein Verfahren eingeleitet werden kann - aber, um mit Kisch ¹⁾ zu sprechen, um einen Akt der materiellen Prozeßleitung, wie etwa die Verbindung, Trennung oder Aussetzung eines Verfahrens. Die aufgeführten Prozeßleitungsakte stehen aber nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes ²⁾ dem Gericht und nicht dem Vorsitzenden allein zu. Deshalb ist auch über die Frage, ob überhaupt ein Prozeß eingeleitet werden kann, als Voraussetzung für jede Verbindung, Trennung oder Aussetzung des Verfahrens, vom Gericht zu befinden. Für die Entscheidung, die ausspricht, daß ein ordentliches Erkenntnisverfahren nicht eingeleitet werden kann, kommt aus diesen Gründen nur der in schriftlicher Form erlassene Beschluß durch das Gericht infrage.

Während somit der Vorsitzende, wenn er keine Bedenken hat, eine eingereichte Klage nach den prozessualen Vorschriften zu behandeln, regelmäßig Termin anberaumt und die Zustellung der Klageschrift an den Beklagten ohne weiteres veranlaßt, muß er die Entscheidung über die Weiterbehandlung der Klage, falls sie ihm für die Eröffnung eines Prozesses nicht geeignet erscheint, dem Gericht überlassen ³⁾.

II. Inhalt der Entscheidung

Entgegen der Ansicht Riezlers ⁴⁾ handelt es sich bei dem

1) Kisch, aaO, 2. Bd., S. 18; vgl. auch Rosenberg, § 58 I. 2) vgl. §§ 145, 147, 148 ZPO.

3) vgl. dazu auch § 230 österr. ZPO: Auf Grund der Klage hat der Vorsitzende des Senats, welchem die Rechtssache zugewiesen ist, eine Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen. Wenn er jedoch der Ansicht ist, daß die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder wegen des Mangels der Prozeßfähigkeit oder der erforderlichen gesetzlichen Vertretung auf Seiten des Klägers oder Beklagten unzulässig ist, so hat er die Entscheidung des Senats darüber einzuholen, ob die Tagsatzung anzuberaumen oder die Klage als zur Bestimmung der Tagsatzung ungeeignet zurückzustellen ist.

4) vgl. Anm. 1) S. 102 dieser Abhandlung.

Beschluß, durch den festgestellt wird, daß die Einleitung eines Verfahrens nicht möglich ist, um einen Akt der Prozeßleitung. Nicht möglich ist in diesem Einleitungsstadium des Prozesses eine Entscheidung über die "Klage" selbst. So wird der Beschluß des Arbeitsgerichts Hindenburg ¹⁾, in dem es die Anberaumung eines Verhandlungstermins ablehnt und die "Klage durch Beschluß abweist" zu Recht als nicht möglich kritisiert ²⁾. Denn zu diesem Zeitpunkt ist eine Klage noch gar nicht erhoben, über sie kann demnach auch noch nicht entschieden werden.

Beteiligt sind an dem Beschlußverfahren lediglich die die Klage beabsichtigende Partei und das Gericht. Folglich kann nur über das gestellte Rechtsschutzgesuch an das Gericht, durch die Durchführung der Klageerhebung an der Einleitung eines Verfahrens mitzuwirken, entschieden werden. Diese Entscheidung aber hat nur einen verfahrensrechtlichen Inhalt, nämlich den, daß das Gericht die Mitwirkung zur Einleitung eines Verfahrens verweigert. Der Beschluß hat demnach einen deklaratorischen Inhalt, in dem festgestellt wird, daß die Mindestvoraussetzungen zur Einleitung eines Verfahrens nicht vorliegen, folglich mittels der beabsichtigten Klage kein Zivilprozeß anhängig werden kann. Ein Beschlußverfahren mit ähnlichem Ziel finden wir in § 271 Abs. III ZPO ausdrücklich geregelt, wo auf Antrag des Beklagten nach der Zurücknahme der Klage seitens des Klägers ausgesprochen wird, daß ein Rechtsstreit nicht mehr anhängig ist. Beide Beschlüsse dienen der Klarstellung über eine noch nicht bzw. nicht mehr anhängige Klage.

Der Tenor des Beschlusses, durch den die Einleitung eines Verfahrens abgelehnt wird, muß deshalb - von den Kosten

1) ArbG Hindenburg, Beschluß v. 10.12.1934, JW 35, 1363.

2) So Rosenberg, § 65 I 1a; Roquette, Anm. in JW 35, 1363; Schönke, Lehrbuch, S. 157; LArbG Gleiwitz, ArbRSamml 23, II. Abt., S. 145.

zunächst abgesehen - lauten: Die vom Kläger beabsichtigte Klage wird als zur Einleitung eines Prozesses ungeeignet zurückgewiesen ¹⁾).

Was die Frage anbelangt, wer die durch dieses Beschlußverfahren entstandenen Kosten zu bezahlen hat; so kommt dafür nur die die Klage beabsichtigende Partei infrage. Die Ansicht, eine Kostenentscheidung sei nicht erforderlich, da ein Prozeß nicht zustande gekommen sei ²⁾, ist unrichtig. Denn die Gerichtskosten werden gemäß § 106 GKG bereits mit der Veranlassung richterlicher Tätigkeit fällig. Das die Ablehnung der Einleitung eines Urteilsverfahrens behandelnde Beschlußverfahren aber ist durch das in der Einreichung der Klageschrift liegende Rechtsschutzgesuch des Klägers veranlaßt.

III. Rechtsbehelf gegen den Ablehnungsbeschluß

Ein Rechtsmittel gegen den die beabsichtigte Klage als zur Einleitung eines ordentlichen Erkenntnisverfahrens feststellenden Beschluß ist im Gesetz nicht besonders vorgesehen. Für den von uns behandelten Beschluß kommt jedoch nur der Rechtsbehelf der Beschwerde gem. § 567 Abs. I ZPO in Betracht. In der Einreichung der Klageschrift liegt konkludent das Gesuch um Rechtsschutz durch Einleitung eines Zivilprozesses und der Antrag auf Anberaumung eines Termins zur mündlichen Verhandlung. Erläßt nun das Gericht einen Beschluß, wonach die Klage als zur Einleitung eines Verfahrens nicht geeignet ge-

1) Wir übersehen nicht, daß in dem vorgeschlagenen Tenor der Ausdruck "Klage" ungenau ist. Denn eine Klage liegt erst vor, wenn die Klageschrift dem Beklagten zugestellt worden ist. Doch wird im Gesetz und in der Praxis zwischen "Klage" und "Klageschrift" kaum unterschieden. Die genauere Formulierung, "das vom Kläger zur Einleitung eines Urteilsverfahrens gestellte Rechtsschutzgesuch wird zurückgewiesen", erscheint für die Praxis zu umständlich und unverständlich.

2) Dies behauptet Hellmann, aaO, ZZP 27, 284.

kennzeichnet wird, so liegt darin die Zurückweisung eines das Verfahren betreffenden Gesuchs. In der Literatur und Rechtsprechung wird denn auch überwiegend anerkannt, daß gegen die "Ablehnung der Terminsanberaumung", d.h. die Weigerung ein Verfahren einzuleiten, die Beschwerde gem. § 567 ZPO zulässig ist ¹⁾.

Süß will in einem Fall, in dem ein Prozeß infolge mangelnder Klageerhebung nicht existent werden kann, einen mit **s o f o r t i g e r** Beschwerde anfechtbaren Beschluß erlassen wissen ²⁾. Jedoch findet die sofortige Beschwerde nur da statt; wo sie im Gesetz ausdrücklich angeordnet ist ³⁾. Wir können demnach Süß nicht zustimmen, da keiner der im Gesetz für die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde genannten Fälle gegeben ist.

Beschwerdeberechtigt kann nur die die Klageschrift einreichende Partei sein. Denn nur sie ist an dem Beschlußverfahren beteiligt und kann auch deshalb nur durch den die "Klage" als ungeeignet zurückweisenden Beschluß beschwert sein. Aus diesem Grunde ist die Entscheidung des Kammergerichts, in der einer weiteren Beschwerde des **B e k l a g t e n** wegen "Ablehnung der Terminsanberaumung" stattgegeben wird ⁴⁾, unrichtig: Das Amtsgericht hatte einem Kläger wegen offensichtlicher Prozeßunfähigkeit die "Terminsanberaumung" verweigert. Auf Beschwerde des Klägers hin wurde es jedoch vom Landgericht angewiesen, einen Termin anzuberaumen. Die weitere Beschwerde des Beklagten hatte den Erfolg, daß das Kammergericht

1) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 216 II 5; Rosenberg, § 91 I 2; Baumbach-Lauterbach, § 216 2 E; Walsmann-Seuffert, § 216. - OLG Braunschweig, JZ 54, 263; HansOLG Hamburg, MDR 53, 109; LArbG Gleiwitz, ArbRSamml 23, II. Abt., 145; KG Berlin, SeuffArch 50, Nr. 49

2) Süß, aaO, ZZP 55, 284.

3) Statt vieler Rosenberg, § 144 I 2a.

4) KG, Beschl. v. 12.10.1911, RsprOLG 25, 132.

das Verfahren des Amtsgerichts - die Ablehnung der Terminsbestimmung - billigte. Das Kammergericht übersieht aber dabei, daß ein "Beklagter" z.Zt. der Terminsanberaumung noch gar nicht existiert und dem vorgesehenen Beklagten auch gar kein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen wurde.

Zum Schluß soll noch erörtert werden, welcher Rechtsbehelf dem "Kläger" zusteht, wenn er eine zur Einleitung eines Prozesses ungeeignete Klageschrift einreicht und das Gericht auf diesen Schriftsatz überhaupt nicht reagiert, weil es z.B. glaubt, ein ernstgemeintes Gesuch um Rechtsschutz in Form eines Zivilprozesses liege nicht vor. In diesem Falle ist gar keine zurückweisende Entscheidung über ein das Verfahren betreffendes Gesuch ergangen und somit auch die Vorschrift des § 567 ZPO über die Zulässigkeit der Beschwerde nicht zutreffend. Fühlt sich hier trotzdem die einreichende Partei beschwert, so ist nur eine gegen die Untätigkeit des Gerichts abgestellte Beschwerde im Dienstaufsichtswege möglich ¹⁾.

1) Weizsäcker, aaO, ZZP 27, 63 und 64; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 567 VI.

§ 14. Schluß

Fassen wir noch einmal die Ergebnisse zusammen, zu denen unsere Untersuchung geführt hat.

Zur Einleitung eines Zivilprozesses ist ein Mindesttatbestand erforderlich. Diesen hat der Vorsitzende bzw. Amtsrichter vor der Terminsanberaumung und Zustellung der Klageschrift an den Beklagten zu prüfen. Fehlen die Mindestvoraussetzungen zur Einleitung eines Prozesses, die Prozeßbedingungen, so kann und muß die beabsichtigte Klage durch Beschluß zurückgewiesen werden.

Die Zurückweisung einer beabsichtigten Klage ist im Rahmen der geltenden Zivilprozeßordnung möglich, wenn ein Schriftsatz eingereicht wurde, der keine Klage darstellt oder der nicht als Klage behandelt werden kann ¹⁾, wenn nicht zwei Parteien existieren und wenn der vorgesehene Beklagte nicht der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegt. In Sonderfällen kann einer Klage die Einleitung eines Urteilsverfahrens verweigert werden, wenn sie sich als eine querulatorische herausstellt.

Darüber hinaus ist eine Verweigerung der "Zulassung der Klage" de lege lata nicht möglich. Alle anderen, von Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit getragenen Ansichten sind mit der geltenden Zivilprozeßordnung nicht vereinbar und stellen eine große Gefahr für die Rechtssicherheit dar. Sie führen auf eine schiefe Ebene, auf der es keinen Halt mehr gibt, bis man bei der Zurückweisung der Klage a limine wegen irgendeines prozessualen Mangels angelangt ist.

Die Möglichkeit der Klageabweisung a limine für den

1) vgl. im einzelnen die Zusammenfassung unter § 9 dieser Abhandlung

Zivilprozeß de lege ferenda zu schaffen ¹⁾, halten wir nicht für notwendig, da es - wie aufgezeigt - für die Praxis auch nach dem geltenden Prozeßrecht Möglichkeiten gibt, die Einleitung aussichtsloser und sinnloser Prozesse zu beeinflussen und verhindern zu helfen. Jedoch sollte die Einführung eines Vorbescheides für den Zivilprozeß nach dem Vorbild der öffentlich-rechtlichen Verfahrensvorschriften der angestrebten Vereinheitlichung der deutschen Verfahrensgesetze nicht im Wege stehen.

1) Dies fordert Kip, aaO, S. 156, indem er zum Vergleich die japanische und österreichische Zivilprozeßordnung heranzieht, die die Reichszivilprozeßordnung als Vorbild genommen und die Entscheidung "a limine" eingeführt haben.

Lebenslauf

Am 24. Juni 1933 wurde ich in Babenhausen /Schwaben als Sohn des Polizeiinspektors Karl Reiner und seiner Ehefrau Anna geboren.

In Babenhausen besuchte ich die beiden ersten Klassen der Volksschule. Als mein Vater nach Bielitz in Oberschlesien versetzt wurde, trat ich dort nach der 4. Volksschulklasse in die Oberschule über. Nach der Flucht aus Oberschlesien nahm ich nach kurzer Unterbrechung im Jahre 1946 meine Schulausbildung am Gymnasium Dillingen a.d. Donau wieder auf. Dort legte ich im Juli 1942 das Abitur ab.

Im Sommersemester 1953 immatrikulierte ich mich an der Universität München zum Studium der Rechte und wechselte nach einem Studienaufenthalt an der Universität Angers (Frankreich) 1954 an die Universität Erlangen über. Zum Herbsttermin 1956 legte ich dort die erste juristische Staatsprüfung mit der Gesamtnote 2,60 (= gut) ab.

Am 1. Februar 1957 trat ich meinen Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar im Oberlandesgerichtsbezirk Nürnberg an und übernahm im September 1957 die Stelle eines Übungsassistenten an der Juristischen Fakultät der Universität Erlangen. Seit September 1958 bin ich als Heimleiter und Tutor in dem Erlanger Studentenwohnheim Henkestraße 40 tätig.

